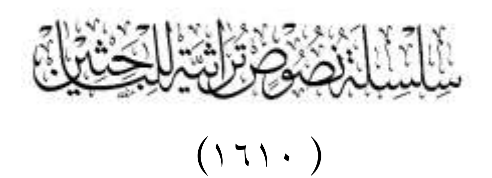


(١٦١٠)

على خلاف القياس

مسائل من مصنفات

أصول الفقه

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

" إلى التحريم ومثل هذا لا يمنع الترخص لسفر النزهة وإنما يصح الفرق الذى ذكرناه على الثانى دون الأول

ومن الرخص ما هو مباح كالعرايا والمساقاة والمزارعة والكتابة والشفعة وغير ذلك من العقود الثابتة **على خلاف القياس** هكذا ذكر أصحابنا وغيرهم

ولكن قال أبو العباس ليس شيء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها **على خلاف القياس** وقرر ذلك بأحسن تقرير وبينه بأحسن بيان ليس هذا موضع ذكر ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

خاتمة

قد يكون سبب الرخصة اختيار يا كالسفر أو اضطراريا كالاغتصاص باللقمة المبيح لشرب الخمر والله أعلم

القاعدة ٢٣ تثبت اللغة قياسا عند أكثر أصحابهم ونفاه أبو الخطاب وأكثر الحنفية واختاره الآمدى وذكره عن معظم أصحابنا وحكاه القاضى عن أكثر المتكلمين وللشافعية قولان واختلفوا فى الراجح وللنحاة قولان اجتهادا فلا يحسن قول من قال من أثبت مقدم على غيره

والإجماع على منعه فى الأعلام والألقاب ذكره جماعة منهم ابن عقيل لوضعها لغير معنى جامع والقياس إنما يصح حيث فهم المعنى والإجماع على منعه فى الصفات لأن العالم من قام به العلم فيجب طرده فإطلاقه بوضع اللغة وكذا مثل إنسان ورجل ورفع الفاعل فلا وجه لجعله دليلا من أصحابنا وغيرهم

ومحل الخلاف فى الاسم الموضوع لمسمى ملتزم لمعنى فى محله وجودا وعدما وإذا تقرر هذا فذكر طائفة من الأصوليين أن ما ينبنى على هذه القاعدة من الفروع ." (١)

" أو عنوة فإن مثل هذه الأمور تطلب لتعرف لا ليعمل بها فلا يجوز الاكتفاء فيها بالظن

المسألة التاسعة

القياس إذا ورد بخلاف النص فالنص إما أن يكون متواترا أو آحادا

فإن كان متواترا فالقياس أن نسخه كان مردودا وإن خصصه فقد ذكرنا الخلاف فيه في باب العموم والخصوص

وإن كان آحادا فهو ما إذا ورد خبر الواحد **على خلاف القياس** وقد شرحنا الحال فيه في باب الخبر

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية- الفقي، ص/١٢٠

المسألة العاشرة

يجوز التعبد بالنصوص في كل الشرع فإنه يمكن أن ينص ." (١)

"أحدهما: تضمنه ؛ لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر.

والثاني: لا يضمن ؛ لأنه منخنق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها.

وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟ ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص ؛ لأن ضمان الجنين الميت **على خلاف القياس** ، قالوا: وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال أبو بكر: يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الأمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والإحرام ، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضا ؛ لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص.

ولو ألقت البهيمة بالجناية جنينا حيا ثم مات فاحتمالان ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما: يضمن قيمة الولد حيا لا غير.

والثاني: عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم ، وكذلك ذكر صاحب المغني في الأمة إذا أسقطت الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين؟ ثلاث احتمالات والمذهب: الأول ولم يذكر القاضي سواه. وخرج الشيخ مجد الدين أن جنين الأمة يضمن بما نقصت أمه لا غير بناء على قوله: إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بما ينقص بكل حال.

ولو قتل صيدا ماخضا ففيه ثلاثة أوجه أحدها: يفديه بمثله من النعم ماخض وهو قول أبي الخطاب.

والثاني: يفديه بقيمته مثله ؛ لأن اللحم الماخض يفسد فقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضي.

والثالث: يجزيه أن يفديه بمثله غير ماخض ؛ لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغني احتمالا

ومنها: هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا؟ ، قال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت: إن كانت تعمدت فأحب إلي أن يعتق رقبة ، وإن سقط حيا ثم مات فالدية على عاقلتها لأبيه ولا يكون لأمه شيء ؛ لأنها القاتلة.

قيل له: فإن شربت عمدا؟ قال: هو شبيه العمد شربت ولا تدري يسقط أم لا.

---

(١) المحصول للرازي، ٤٧٨/٥

عسى لا يسقط. الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عمدا للشك في وجوده لا للشك في الإسقاط بالدواء ؛ لأنه قد يكون الإسقاط معلوما كما أن القتل بالسم ونحوه معلوم ومن هذه الرواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمد ولا يصح ذلك فإنه صرح بأنه ليس بعمد وإنما هو شبه عمد.

ومنها: عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حيا؟ في المسألة روايتان: إحداهما: ينفذ من حينه وهو الم◌ذهب.

والثانية: لا يعتق حتى تضعه حيا نص عليها في رواية." (١)

"ومن الرخص ما هو مباح كالعرايا١ والمساقاة٢ والمزارعة٣ والكتابة٤ والشفعة٥ وغير ذلك من العقود الثابتة **على خلاف القياس** هكذا ذكر أصحابنا وغيرهم.

ولكن قال أبو العباس ليس شيء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها **على خلاف القياس** وقرر ذلك بأحسن تقرير وبينه بأحسن بيان ليس هذا موضع ذكر ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم.

خاتمة:

قد يكون سبب الرخصة اختيار يا كالسفر أو اضطراريا كالاغتصاص باللقمة المبيح لشرب الخمر والله أعلم.

ـ

١ العريا: من عار الشيء إذا ذهب وجاء وهي: إباحة الإنتفاع بعين من أعيان الماب انظر المغني "٥/٣٥٤".

٢ المساقاة: هي ان يدفع الرجل شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمنه انظر المغني لابن قدامة "٥/٥٥٤ — ٥٥٥".

٣ المزارعة: هي دفع صاحب الأرض أرضه إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما انظر المغني لابن قدامة "٥/٣٨٢".

٤ الكتابة: هي إعتاق السيد عبده على مال في ذمة هذا الأخير يؤدي مؤجلا انظر المغني "١٢/٣٣٨".

٥ الشفعة: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه انظر المغني لابن قدامة "٥/٤٥٩".." (٢)

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، ص/١٩٦

(٢) القواعد والفوائد الأصولية- الفضيلي، ص/١٦٣

"أحدهما: تضمنه ؛ لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر.

والثاني: لا يضمن ؛ لأنه منخنق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها.

وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟ ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص ؛ لأن ضمان الجنين الميت **على خلاف القياس** ، قالوا: وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية ، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال أبو بكر: يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الأمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والإحرام ، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضا ؛ لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص.

ولو ألقت البهيمة بالجناية جنينا حيا ثم مات فاحتمالان ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما: يضمن قيمة الولد حيا لا غير.

والثاني: عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم ، وكذلك ذكر صاحب المغني في الأمة إذا أسقطت الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين؟ ثلاث احتمالات والمذهب: الأول ولم يذكر القاضي سواه. وخرج الشيخ مجد الدين أن جنين الأمة يضمن بما نقصت أمه لا غير بناء على قوله: إن الرقيق لا يضمن بمقدر بل بما ينقص بكل حال.

ولو قتل صيدا ماخضا ففيه ثلاثة أوجه أحدها: يفديه بمثله من النعم ماخض وهو قول أبي الخطاب.

والثاني: يفديه بقيمته مثله ؛ لأن اللحم الماخض يفسد فقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضي.

والثالث: يجزيه أن يفديه بمثله غير ماخض ؛ لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغني احتمالا

ومنها: هل يوصف قتل الجنين بالعمدية أم لا؟ ، قال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت: إن كانت تعمدت فأحب إلي أن يعتق رقبة ، وإن سقط حيا ثم مات فالدية على عاقلتها لأبيه ولا يكون لأمه شيء ؛ لأنها القاتلة.

قيل له: فإن شربت عمدا؟ قال: هو شبيه العمد شربت ولا تدري يسقط أم لا.

عسى لا يسقط. الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عمدا للشك في وجوده لا للشك في الإسقاط بالدواء ؛ لأنه قد يكون الإسقاط معلوما كما أن القتل بالسم ونحوه معلوم ومن هذه الرواية أخذ الأصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمد ولا يصح ذلك فإنه صرح بأنه ليس بعمد وإنما هو شبه عمد.

ومنها: عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حيا؟ في المسألة روايتان: إحداهما: ينفذ من حينه وهو المذهب.

والثانية: لا يعتق حتى تضعه حيا نص عليها في رواية." (١)

" وقد أنكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللا بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضي إهداره ونسبه إلى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه والعجب كل العجب ممن يدعي التحقيق ويرتضي لنفسه مشاركة هذا المعترض ويقول القياس يقتضي إهداره وليس كما ظنه فإن هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقته الحياة لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحينئذ فالجاني إما أن يكون قتله أو منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة أيضا فإن دلائل حياته وسقوطه ميتا عقيب الضربة كالقاطع بأنها هي التي قتلته ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة وإن ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي وذلك يوجب الضمان ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنينها وجب ضمانهما لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال قال في امرأة قتلت وهي حامل إذا لم يلق الجنين فليس فيه شيء قال القاضي والأصحاب يكفي أن يظهر منه يد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها فشوهد الجنين وإن لم ينفصل لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان الجنين في بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عصر جوفها فخرج الجنين ميتا فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافهما أحدهما تضمنه لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر والثاني لا يضمن لأنه منخنق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص لأن ضمان الجنين الميت **على خلاف القياس** قالوا وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٩٦

كجنين الأمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والإحرام والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضا لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص

". (١)

" ومن شرطها أن تكون متعدية من محل النص إلى غيره كالإسكار والكيل والوزن والطعم فلا عبرة بالقاصرة وهي ما لا توجد في غير محل النص كالثمينة في النقدين فإن هذا مختص بهما قاصر عليهما إذا علم هذا فليعلم أن الحكم قد يتخلف عن العلة وتخلفه عنهما يعود إلى أقسام أحدها ما يعلم استثناؤه عن قاعدة القياس كإيجاب الدية في قتل الخطأ على العاقلة مع العلم باختصاص كل امرىء بضمان جناية نفسه لقوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (الأنعام ١٦٤) وكذا إيجاب صاع تمر في المصراة عن اللبن المحتلب ههنا مع أن تماثل الأجزاء علة إيجاب المثل في ضمان المثليات فكان يقتضي ذلك أن يضمن لبن المصراة بمثله فهذا لا تبطل به علة القياس لثبوته قطعا بنص الشارع ومناسبة العقل ولا يلزم المستبدل الاحتراز عنه بتعليله بأن يقول كل امرىء مختص بضمان جناية نفسه إلا في دية الخطأ وتماثل الأجزاء علة إيجاب المثل في ضمان المثليات إلا في المصرات لأنه إنما يجب الاحتراز عما ورد نقضا وهذا ليس كذلك وإن كانت العلة مظنونة كورود العرايا على علة الربا على كل قول وكل مذهب بلا نقض ولا تخصيص العلة بل على المناظر بيان ورودها على مذهب خصمه أيضا

واعلم أن قول الفقهاء هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس أو خارج عن القياس أو ثبت **على خلاف القياس** ليس المراد به أنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس وإنما المراد به أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي فمن ذلك أن القياس يقتضي عدم ." (٢)

"أيضا من فوائد هذا العلم تمكين الفقيه من المزاوجة والمؤاخاة بين النقل والعقل بحيث لا يطغى جانب على جانب؛ لأن الناس بعضهم يغرق في جانب العقل واستعمال الأدلة العقلية حتى يهمل النصوص الشرعية، ويطلق لنفسه العنان في ذلك، وبعضهم يقصر في هذا الجانب وكأنه يلغي جانب العقل ويقول

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/٢٠٨

(٢) المدخل، ص/٣١٣

عندنا النص ولا شيء غيره وهو لم يعمل فكره في هذا النص ويفهمه حق الفهم لأنه غير عالم بمقاصد الشريعة فالعالم بمقاصد الشريعة يستطيع أن يوازن في نظرته في الأدلة الشريعة بين هذين الجانبين المتكاملين؛ فليس هناك نقل يمكن أن يستقل عن العقل؛ فينبغي أن يكون عندك القدرة في معرفة ما هو المقدم عند التزاحم. هذا هو الذي يعرف من خلال مقاصد التشريع.

وهذا يذكرنا بما كتبه شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابه "تعارض العقل والنقل" أو "موافقة العقل الصريح للنقل الصحيح" فهو بين في كتاب هذا، وقال: ليس هناك محاربة بين العقل والنقل؛ فلماذا تختلقون وجود نزاع بين النقل الصحيح والعقل الصريح؟ هي متوائمة ومتوافقة.

من أين عرف هذا؟

باطلاعه على مقاصد التشريع استطاع أن يصل إلى هذا وقال: لا تعارض بين العقل والنقل وما تتهمونه من تعارض أنا على استعداد لبيانه حتى قال: لا يوجد مسألة أفتى فيها العلماء **على خلاف القياس** ولا يريد بالقياس حده الضيق الذي يذكر في أصول الفقه بل يريد به مراعاة المقاصد العامة والقياس بمعنى إدراج الجزئيات تحت هذا المقاصد العامة وهذا مقصد مهم وعظيم من مقاصد أو فائدة عظيمة من فوائد المقاصد.." (١)

"(المسألة السادسة) نص الأصحاب على أن الطلاق يتكرر في قوله كل امرأة أتزوجها من هذا البلد فهي طالق قالوا : إن الطلاق يتكرر بتكرر النساء من ذلك البلد وأن القائل كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي أن الكفارة لا تتكرر عليه وأنه بزواج امرأة واحدة تنحل يمينه مع تصريحه بالعموم في الصورتين وفي التهذيب إن تزوجتكن فإنكن علي كظهر أمي لا يتكرر الظهار ومن دخلت منكن الدار فهي علي كظهر أمي تتكرر الكفارة وكلما تزوجت فالمرأة التي أتزوجها هي علي كظهر أمي وكذلك أيتكن كلمتها فهذه الفروع مشتركة في صيغ العموم مع اختلاف الأحكام فيحتاج إلى سر الفرق بينها باعتبار القواعد والجواب أن الطلاق حكم يثبت لأفراد العموم كثبوت القتل لجميع أفراد المشركين والحل لجميع أفراد البيع .

وأما الظهار فالكفارة فيه للنطق بالكلام الزور عقوبة لقائله فإذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فقد كذب كذبة واحدة فتجب عليه كفارة واحدة ولا نظهر إلى العموم الذي هو متعلق القول الكذب كما

---

(١) القواعد الفقهية، ص/٧

لو قال : والله إن كل إنسان جماد فإنها كذبة واحدة متعلقة بعموم أو قال : والله ليس في الدار أحد من إخوتك فوجد الجميع فيها فإنما تلزمه كفارة واحدة نظرا لاتحاد اليمين والحنث فكذلك ها هنا وأما تكرر الكفارة في كلما وقوله منكن وأيتكن **فعلى خلاف القياس** .

والقاعدة تقتضي أن لا تتكرر عليه الكفارة غير أنه لما اشتهر لفظ الظهار في." (١)

"بمهر المثل وهو يستحق بمجرد الإيلاج فلو جبر بالفوات لوجب ما لا يمكن ضبطه فضلا عن القدرة عليه فإن كل ساعة يفوت فيها من الإيلاجات شيء كثير جدا وإيجاب مثل هذا بعيد من قواعد الشرع .

وأما النفوس فإنها خارجة عن هذه القوانين لمصالح تذكر في الجنايات فروع ثلاثة في الزواجر الأول الحنفي إذا شرب يسير النبيذ قال الشافعي أحده وأقبل شهادته أما حده فلدرء المفسدة في التسبب لإفساد العقل وأما قبول شهادته فلأنه مقلد أو مجتهد وكلاهما غير عاص لأن حكم الله تعالى عليهما ما أدى إليه الاجتهاد وقال مالك أحده ولا أقبل شهادته أما حده فللمفسدة والمعصية معا بسبب أن إباحة اليسير من النبيذ **على خلاف القياس** الجلي والقياس الجلي يقتضي تحريمه قياسا على الخمر بجامع الإسكار وعلى خلاف النصوص الصريحة كقوله عليه السلام { ما أسكر كثيره فقليله حرام } وعلى خلاف القواعد لأن القواعد تقتضي صيانة العقول ومن ع التسبب لإفسادها والحكم الذي يكون على خلاف أحد هذه الأمور إذا قضى به القاضي ينقض قضاؤه وما لا يقر مع قضاء القاضي وتأكده بالقضاء ولا نقره شرعا مع التأكيد فأولى أن لا نقره شرعا مع عدم التأكيد وما لا يقر شرعا ليس فيه تقليد ولا اجتهاد مقبول شرعا ومن أتى المفسدة بغير تقليد صحيح أو اجتهاد معتبر فهو عاص فنحده للمعصية والمفسدة ولهذه العلة لا أقبل شهادته لفسقه حينئذ بالمعصية وأما قول الشافعي إن التأديب قد يكون مع عدم المعصية بل." (٢)

"قواعد الشرع وإن كانت منافع غير ما ذكر ضمنت بالعقود الصحيحة والفاسدة والفوات تحت الأيدي المبطلة .

قلت وأما النفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح فما رتبه صاحب الشرع عليها من ديات أو كفارات أو حكومة فجوابر وما رتبه صاحب الشرع عليها من قصاص أو ضرب أو سجن أو تأديب فزواجر فمن هنا

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٩٧/١

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٤٢/٢

قال الأصل وأما النفوس فإنها خارجة عن هذه القوانين لمصالح تذكر في الجنايات ففي تبصرة ابن فرحون ولا خلاف في أن قتل النفس حرام وقد شرع فيه إذا وجد سببه وشرطه وانتفى مانعه القصاص للحكمة التي ذكرها الله تعالى في كتابه العزيز { ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب } ا هـ (وصل) في ثلاث مسائل تتعلق بالزواجر (المسألة الأولى) قال مالك رحمه الله تعالى إذا شرب الحنفي يسير النبيذ أحده ولا أقبل شهادته لأن إباحة اليسير من النبيذ **على خلاف القياس** الجلي على الخمر لجامع الإسكار المقتضي تحريمه وعلى خلاف النصوص الصريحة كقوله عليه الصلاة والسلام { ما أسكر كثيره فقليله حرام } وعلى خلاف القواعد المقتضية صيانة العقول ومنع التسبب لإفسادها والحكم الذي يكون على خلاف هذه الأمور إذا قضى به القاضي ينقض قضاؤه ولا نقره شرعا مع التأكيد لقضاء القاضي فأولى أن لا نقره شرعا مع عدم التأكيد وما لا يقر شرعا ليس فيه تقليد ولا اجتهاد مقبول شرعا ومن أتى المفسدة بغير تقليد صحيح أو اجتهاد معتبر فهو عاص فنحده للمعصية والمفسدة ولهذه العلة لا أقبل شهادته لفسقه حينئذ." (١)

"وقد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة ، ومن ذلك الكذب مفسدة محرمة ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز كالكذب للإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها قال السيوطي : « وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة » .

السادسة : « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة » ، من الأولى مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت **على خلاف القياس** لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة ، ولما في الثانية من الجهالة ، ولما في الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك . والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة .

ومن الثانية تضبيب الإناء بالفضة يجوز للحاجة قالوا ولا يعتبر العجز عن التضبيب بغير النقدين فإن العجز يبيح إصلاح الإناء منهما قطعا ، بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى الزينة كإصلاح موضع الكسر وكالشد والتوثق ، ومنها الحرير لحاجة دفع القمل والحكة فيجوز لبسه لذلك .

القاعدة الخامسة

« العادة محكمة »

---

(١) أنوار البروق في أنواع الفروق، ٣٤٩/٢

أصلها حديث : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ، قال الحافظ السخاوي في « المقاصد الحسنة » رواه الإمام أحمد في كتاب السنة من حديث أبي وائل عن ابن مسعود موقوفا ووهم من عزاه لمسند الإمام أحمد قال العجلوني : « وهو موقوف حسن » ، وأخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في الحلية والبيهقي في « الاعتقاد » عن ابن مسعود أيضا . انتهى ملخصا .

واعلم إن اعتبار العرف والعادة رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة .

فمن ذلك أقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها ، وضابط القلة والكثرة في الضبة والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات المعفو عن قليلها والبناء على الصلاة في

$[١/٤٦]". (١)

" وثانيها قولهم العتق في الكتابة مضاف إلى التعليق فإن الكتابة الصحيحة اشتملت على تعليق ومعاوضة ولا بد فيها من ذكر التعليق فنقول كاتبتك على ألف فإن أديت فأنت حر وفي الفاسدة لا بد من التعليق والتعليق لا فساد فيه وعلى هذا تمتنع المسائل التي لزمت من أحكام المعاوضات كقبول الفسخ ولزوم القيمة له واستتباع الاكساب والأولاد

وهذا الجواب أمثل من الأول إلا أن لقائل أن يقول العتق مضاف إلى المعاوضة لا إلى التعليق قولكم يشترط أن ينص على التعليق قلنا لا نسلم بل لو نواه بقوله كاتبتك على كذا صحت الكتابة أيضا وهذا واضح وأبلغ منه قول مخرج من التدبير أن لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعليق ونيته ونظيره قول إلى اسحاق إن كان الرجل فقيها صحت الكتابة والأفد به من التعليق أو نيته ثم كيف يشترط التنصيص على التعليق والعتق عند الأداء يحصل لا محالة بعقد المعاوضة وتسليم العوض يقتضي تسليم ما يقابله فلا يحتاج أن يشترطه في العقد ويصير بمثابة البيع لما اقتضى بنفسه الملك لم يحتج إلى أن يقول بعتك على أن تتسلم أو تتملك

وأما المسائل فلا منع فيها وإنما منع أصحابنا استتباع الكسب والولد فحسب وأما الفسخ فغير ممتنع وقيمة نفسه واجبة وذلك من أحكام العوض دون التعليق

وثالثهما قول بعضهم الكتابة في الأصل خارجة عن القياس فألحقنا فاسدها بصحيحها لأن ما ثبت **على خلاف القياس** لا يقاس عليه بخلاف البيع وهذا كلام رديء فإن إلحاق فاسدها بصحيحها عين

---

(١) إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية للحجي، ص/٤٦

القياس ثم إنها وإن عدل بها عن القياس إلا أنه بعد ورود الشرع بها وصفت بالصحة فينبغي وصف فاسدها بالفساد وإذا ثبت فسادها والفاسد عند الشافعي مرادف للباطل وجب إلغاؤها وأن يكون لها حكم ألا ترى أن السلم والإجارة ثبتا **على خلاف القياس** لورودهما على معدوم ثم لما ثبت الصحيح منهما ونعت بالصحة يؤدي على الفاسد بالفساد حتى لا يثبت لفاسد كل منهما ما لصحيحه

والحق عندنا في الجواب رأي رابع فنقول الكتابة عقد إرفاق لا يقصد بها غير العتق وأن يخلص العبد من الرق فألفينا مضى الفساد ولم ننظر إليه ." (١)

"وقال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى (٥٥٥/٢٠) : فذهب طائفة من الفقهاء إلى أن ما ثبت **على خلاف القياس** لا يقاس عليه ، ويحكى هذا عن أصحاب أبي حنيفة ، والجمهور أنه يقاس عليه ، وهذا هو الذي ذكره أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما ، وقالوا : إنما ينظر إلى شروط القياس فما علمت علته ألحقنا به ما شاركه في العلة ، سواء قيل : إنه **على خلاف القياس** أو لم يقل ، وكذلك ما علم انتفاء الفارق فيه بين الأصل والفرع ، والجمع بدليل العلة كالجمع بالعلة ، وأما إذا لم يقم دليل على أنه كالأصل فهذا لا يجوز فيه القياس ، سواء قيل إنه على وفق القياس أو خلافه ، ولهذا كان الصحيح أن العرايا يلحق بها ما كان في معانيها ، وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء **على خلاف القياس** الصحيح ، بل ما قيل : إنه **على خلاف القياس** : فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها واقتضى مفارقته لها في الحكم ، وإذا كان كذلك فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه كحكمه ، وإلا كان من الأمور المفارقة له . انتهى .

القاعدة الخامسة : القياس الصحيح مقدم على الحديث الضعيف

الحديث الضعيف لا اعتبار به في الأحكام وإنما الأحكام مبنية على الكتاب والسنة الصحيحة والإجماع والقياس ، فيقدم القياس على الحديث الضعيف ، وفي البحر المحيط (٤٦/٨) : وقال الشافعي : لا يجوز القياس مع نص القرآن أو خبر مسند صحيح وأما عند عدمهما فإن القياس واجب في كل حكم .. وحكى الشيخ شهاب أبو شامة أنه سمع أبا الوفاء بن عقيل في رحلته إلى العراق يقول : مذهب أحمد أن ضعيف الأثر خير من قوي النظر ، قال ابن العربي : وهذه وهلة من أحمد ، وقال بعض أئمة الحنابلة المتأخرين ، هذا ما حكاه عن أحمد ابنه عبد الله ، ذكره في مسائله ، ومراده بالضعيف غير ما اصطلح

---

(١) الإبهاج، ١٠٠/٣

عليه المتأخرون من قسم الصحيح والحسن ، بل عنده الحديث قسمان صحيح وضعيف ، والضعيف ما انحط عن درجة الصحيح وإن كان حسنا .." (١)

"الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس أو سقوط الحد عمن نكح أمة ووطئها. قلت : وقرب من هذا الخلاف يعني الروياني ، وقد وقفت على كلامه في البحر ، وعزا ذلك إلى القفال ؛ فقال : قال القفال : عد أصحابنا مسائل ينقض الحكم فيها.

منها : حكم من قال أكثر اللعان يقوم مقام الكل وإن زوج الأمة لا يلاعن لنفي الولد ، وأن لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وأن من تزوج بأمة ووطئها مع العلم بتحريمها لا بحد ، وأن النكاح بغير ولي جائر والحكم شهادة الفاسق والحكم بجواز بيع أم الولد والحكم بأن لا تقبل شهادة القاذف [العاصي] ١ بعد التوبة ؛ لأن الخطأ ظاهر في هذه المسائل بدليل قاطع ونص الشافعي رضي الله عنه على نقض الحكم في مسألة واحدة ، وهي الحكم بصحة نكاح المفقود ومن أصحابنا من قال لا ينفذ حكمه في شيء من هذه المسائل ؛ لأن الخطأ فيها ظهر بقياس الشبه ، وهذا هو الصحيح والنص في مسألة المفقود غريب ، ولعله ذكره تعليقا للقول فيه لا اعتقادا. انتهى.

كلام البحر ملخصا قال الرافعي :

ومنها : قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتنفيذ الذي يجوزه ، وفي ذكاة الجنين قيل : إنه منقوض لظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها ، وكذلك في القتل بالمثقل ؛ لأنه **على خلاف القياس** الجلي في عصمة النفوس ، وهذا ما أورده الإمام الغزالي وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولي وفي بيع أم الولد. وثبوت حرمة الرضاع بعد الحولين وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان ونكاح الشغار ونكاح المتعة ، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف وبحرمان التوارث بين المسلم والكافر وترد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ومن الأصحاب من منع [البعض]٢ ، وقال : هي مسائل اجتهادية والأدلة فيها

---

(١) أصول الفقه على منهج أهل الحديث، ص/٤٧

متقاربة ، قال القاضي الروياني وهو الصحيح ، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد. انتهى كلام الرافعي [ملخصا.

وفي الروضة نظيره وأنت تراه لم يجزم بغير النقض بالحكم لنقض بالاستحسان الفاسد]٣ ، ولا أدري ماذا يعني به فإن كل

---

١ سقط في "ب".

٢ في "ب" النقض.

٣ سقط في "ب".

صفحة ٤١٢ | ٤٦٦." (١)

"الأشباه والنظائر

كتاب القياس

منها : تخالف المتبايعين والسلعة هالكة فجوزناه قياسا على القائمة مع أن فيه حديثا.

ومنعوه زاعمين أن الحديث إنما ورد في القائمة وأن التخالف من أصله **على خلاف القياس** ، فيقتصر على مورد النص.

ومنها : تتحمل العاقلة ما دون أرش الموضحة ؛ لأن المقادير متساوية بالنسبة إلى الجناية والنسبة إلى العاقلة بالتحكم بالتخصيص محال.

وعندهم لا يضرب على العاقلة لأن الضرب على العاقلة خارج عن القياس فلا يقاس عليه.

وقد ذكرنا في شرح المختصر مسألة العرايا فلا نعيدها.

ومن المسائل المختلف فيها بين أصحابنا المبنية على هذا الأصل أن من أفطر لإنقاذ مشرف على الهلاك بالغرق ونحوه ولم يمكنه تخليصه إلا بالفطر فالأصح أنه يلحق بالمرضع ؛ لأنه قطر ارتفق به اثنان فكان كالحامل والمرضع.

والثاني : لا ، لأن الفدية مع القضاء خلاف القياس فيقتصر على ما ورد.

ومنها : للمالك في الجيران في الزكاة صعود درجتين وأخذ جبرانين ونزول درجتين ودفع جبرانين بشرط

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكى، ٤٣٣/١

تعذر درجة.

وقال ابن المنذر : لا تجوز الزيادة على جبران واحد كما ثبت في الحديث ؛ فلا يتعداه فإنه خارج عن القياس.

ورد عليه الأصحاب بأن هذا في معنى الخارج مع اتفاقهم على أنه لا مدخل للجبران في البقر والغنم ؛ لأنه إنما ورد في الإبل [وهو]١ **على خلاف القياس**.

قالوا : فيقتصر فيه على مورد النص.

ومنها : قطع نبات الحرم إلا الأذخر لا يجوز والعلة في تجويز الأذخر حاجتهم لتسقيف بيوتهم وقبورهم ؛ فلو احتيج إلى قطع غير الأذخر للدواء قال الرافعي : فوجهان ورجح الجواز.

---

١ سقط في "أ" والمثبت من "ب".

صفحة : ١٨١ | ٣٩٩." (١)

"القاعدة الخامسة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة من الأولى : مشروعية الإجارة ، والجعالة ، والحوالة ، ونحوها ، جوزت **على خلاف القياس** لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة ، وفي الثانية من الجهالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك ، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة .

ومنها : ضمان الدرك ، جوز **على خلاف القياس** إذ البائع إذا باع ملك نفسه ، ليس ما أخذه من الثمن دينا عليه حتى يضمن .

لكن لاحتياج الناس إلى معاملة .

من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا .

ومنها : مسألة الصلح وإباحة النظر ، للمعاملة ، ونحوها ، وغير ذلك .

ومن الثانية : تضبيب الإناء بالفضة : يجوز للحاجة ولا يعتبر العجز عن غير الفضة ، لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعا بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى التزيين : كإصلاح موضع الكسر والشد والتوثق .

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكي، ١٨٣/٢

ومنها : الأكل من الغنيمة في دار الحرب ، جائز للحاجة ولا يشترط للآكل أن لا يكون معه غيره .

تنبيه : من المشكل قول المنهاج : ويباح النظر لتعليم ، مع قولهم في الصداق : ولو أصدقها تعليم قرآن ، فطلق قبله ، تعذر تعليمه في الأصح .

وأجاب السبكي : بأنه إنما تعذر ؛ لأن القرآن ، وإن أمكن تنصيفه من جهة الحروف ، والكلمات ، لكنه يختلف سهولة ، وصعوبة ، وتابعه في المهمات فقال : لأن القيام بتعليم نصف مشاع ، لا يمكن .

والقول باستحقاق نصف معين : تحكم لا دليل عليه ويؤدي إلى النزاع : فإن." (١)

"توفر سببه على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يفعله فإن المشروع تركه وتقرر أن القياس في العبادات ممنوع، وتقرر أن الأصل في العبادات التوقيف على الدليل وتقرر أن الأحكام الشرعية تفتقر في ثبوتها للأدلة الصحيحة الصريحة، فالصحيح الذي لاجرم ولا جدال فيه أن صلاة العيدين والاستسقاء تصلى بلا أذان ولا إقامة ولا قول (الصلاة جامعة) ولا قول (الصلاة الصلاة) ولا أي نوع من أنواع النداء والله أعلم .

الفرع العاشر :- اختلف أهل العلم في المصراة إذا حلبت وأراد المشتري أن يردها، فذهب جمهور أهل العلم إلى أنه إن حلبها وتبين له انها مصراة فأراد ردها أنه يرد معها صاعا من تمر، ولم يرتض الجمهور غير ذلك، وذهب بعض الشافعية إلى أنه يردها ويرد معها صاعا من قوت البلد ولا يلزم أن يكون تمرا، وذهب أبو حنيفة وطائفة من أهل العراق ومالك في رواية غريبة عنه إلى أنه يردها ولا يرد معها صاعاً من تمر، لأن الأصل أنه إذا أتلف شيئا لغيره رد مثله إن كان مثليا وإلا فقيمته وأما أن يرد معها جنسا آخر غير جنس المتلف فلا، لأنه خلاف الأصول، وأجاب الجمهور عن هذا بأن هذا قياس ورأي في مخالفة السنة الصحيحة الثابتة، وهو مارواه البخاري في صحيحه قال حدثنا أبي بكير قال حدثنا الليث عن جعفر بن الربيعة عن الأعرج عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال ((لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر)) وهذا حديث صريح صحيح فيما ذهب إليه الجمهور، وأما دعوى أنه مخالف للأصول فغير مسلم لأن الشرع واحد وكله أصل وهذا الحديث أصل بذاته وليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس،** لأن الأصول

---

(١) الأشباه والنظائر (مشكول غير موافق)، ١٦٢/١

في الحقيقة اثنان لا ثالث لهما، كلام الله وكلام رسوله – صلى الله عليه وسلم – وما عداهما فمردود إليهما، فالسنة أصل قائم بنفسه والقياس فرع، فكيف يرد الأصل بالفرع؟ قال الإمام." (١)

" للاجماع في ضمان العدوان بالمثل والقيمة دون التمر وفي وجوه اخر ذكرناها في موضعها واما المجهول فإنما نعني به المجهول في رواية الحديث بان لم يعرف إلا بحديث أو بحديثين مثل وابصة بن معبد وسلمة بن المحبق ومعقل بن سنان فان روى عنه السلف وشهدوا له بصحة الحديث صار حديثه مثل حديث المعروف بشهادة أهل المعرفة وان سكتوا عن الطعن بعد النقل فكذلك لان السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان ولا يتهم السلف بالتقصير وان اختلف فيه مع نقل الثقات عنه فكذلك عندنا مثل حديث معقل بن سنان أبي محمد الأشجعي في حديث بروع بنت واشق الاشجعية انه مات عنها هلال بن أبي مرة ولم يكن فرض لها ولا دخل بها فقضى لها رسول الله صلى الله عليه و سلم بمهر مثل نسائها فعمل بحديثه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ورده على رضي الله عنه لما خالف رأيه وقال ما نصنع بقول اعرابي بوال على عقبيه ولم يعمل الشافعي رحمه الله بهذا القسم لانه خالف القياس عنده وعندنا هو حجة لأنه وافقةالقياس عندنا وإنما يترك إذا خالف القياس وقد روى عنه الثقات مثل عبد الله بن مسعود وعلقمة ومسروق ونافع بن جبير والحسن فثبت بروايتهم عدالته مع انه من قرن العدول فلذلك صار حجة وساعده عليه أناس من اشجع منهم أبو الجراح وغيره فأما إذا كان ظهر حديثه ولم يظهر من السلف إلا الرد لم يقبل حديثه وصار مستنكرا لا يعمل به **على خلاف القياس** وصار هذا غير حجة يحتمل أن يكون حجة على العكس من المشهور انه حجة يحتمل شبهة عند التأمل واما إذا لم يظهر حديثه في السلف فلم يقابل برد ولا قبول لم يترك به القياس ولم يجب العمل به لكن العمل به جائز لان العدالة اصل في ذلك الزمان ولذلك جوز أبو حنيفة رحمه الله القضاء بظاهر العدالة من غير تعديل حتى أن رواية مثل هذا المجهول في زماننا لا تحل العمل به لظهور الفسق ." (٢)

"وأما قول شيخ الإسلام ابن تيمية : إن الأمر بعد الحظر يعيد الفعل إلى ما كان عليه قبل ورود الحظر، فقد نسب للمزني، واختاره بعض المتأخرين، وقد يفسر به قول بعض المتقدمين كالقفال الشاشي، وهو قريب من حيث التطبيق من القول الأول، وفيه جمع بين الآيات التي جاء فيها الأمر بعد الحظر وحملت

---

(١) الآفة القديمة والشبهة الأثيمة، ص/٤٤

(٢) أصول البزدوي، ص/١٦٠

على الإباحة، مثل : { } [الجمعة١٠]، والآيات التي جاء فيها الأمر بعد الحظر وحملت على الوجوب، نحو : { } [التوبة٥].

ثمرة الخلاف :

تظهر ثمرة الخلاف في مسائل منها :

١ ....قوله صلى الله عليه وسلم : « انطلق فحج مع امرأتك » هل يمكن أن يستدل به على الوجوب؟ فيقال : يجب على الرجل مرافقة زوجته في حج الفريضة؟ قيل: نعم؛ عملا بظاهر اللفظ، والأكثر لم يوجبوا عليه ذلك؛ لكونه أمرا بعد حظر فلا يفيد الوجوب، بل الإباحة. والندب مستفاد من كونه من الإحسان للزوجة.

٢ ....قوله تعالى : { } [النور٣٣]، هل يمكن أن يستدل به على وجوب مكاتبة العبد إذا علم السيد فيه خيرا؟.

...قيل : نعم؛ أخذا بظاهر الأمر، والجمهور قالوا : لا يجب؛ لأنه أمر بعد حظر، فلا يفيد الوجوب. والحظر هنا غير منصوص عليه ولكنه مفهوم مما عرف عن الشارع؛ لأنه لا يوجب على المالك أن يبيع شيئا من ماله مؤجلا. فثبوت ملك السيد لعبده بمثابة المانع من المكاتبة.

...وقال الزركشي : إنه **على خلاف القياس**، فكان كالممنوع منه؛ إذ من حقه التحريم لولا ورود السمع (١).

٣ ....قوله تعالى : { } [البقرة٢٢٢] بعد قوله : { }، فالأمر باعتزال النساء في المحيض نهي عن الجماع والأمر بإتيانهن أمر بالجماع جاء بعد الحظر، فهل يمكن أن يستدل بقوله تعالى : { } على وجوب الوطء؟

الأكثر قالوا : لا يجوز؛ لأنه أمر جاء بعد حظر فكان إذنا وإباحة.

وقال بعضهم : نعم يصلح دليلا؛ عملا بالظاهر.

---

(١) البحر المحيط ٣٨٢/٢.." (١)

---

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص/١٨٦

"٢. أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استثنى من كلام قاله بعد شهر من التكلم به، لما نزل عليه قوله تعالى : { } [الكهف٢٤]، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن شاء الله ».

وهذا الأثر رواه ابن جرير في تفسيره من طريق محمد بن إسحاق عن شيخ من أهل مصر فهو ضعيف لا تقوم به حجة، وقد اجتهد الآمدي في تأويله.

وذهب بعض العلماء إلى جواز تأخير الاستثناء ما دام في المجلس، وهو منقول عن عطاء والحسن البصري.

ووجهه أن الكلام في المجلس الواحد يكون له حكم الاتصال، وإن تخلله سكوت أو كلام في أمر آخر، وذلك لأن الشارع جعل البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، أي : ما داما في المجلس، فجعل عقد البيع قابلا للنقض والإبطال ما دام العاقدان في المجلس.

ويجاب بأن المجلس قد يطول، وبأن خيار المجلس ثبت بنص خاص **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه. وبأن المسألة لغوية فلا يجري فيها القياس.

أثر الخلاف :

لم يذكر الفقهاء والأصوليون أثرا للمسألة في غير الأيمان وما في معناها، مما يدل على أن المنقول عن ابن عباس في اليمين، ولم يختلفوا أنه إذا كانت اليمين لدفع الدعوى لا يجوز فيها الاستثناء المتأخر، فلو حلف : ليس له عندي شيء، ثم قال بعد مدة إلا كذا لئلا يحنث، فإن يمينه فاجرة ولا يفيده هذا الاستثناء.

ويظهر أثر الخلاف فيما لو قال: نسائي طوالق، وسكت، ثم قال بعد زمن : إلا فلانة.

الشرط الثاني : عدم الاستغراق :

وقد حكى الآمدي والزركشي وغيرهما الاتفاق على بطلان الاستثناء المستغرق.

والمراد بالاستثناء المستغرق : إخراج جميع أفراد المستثنى منه بإلا أو إحدى أخواتها، كأن يقول : نسائي طوالق إلا ثلاثا، وليس له إلا ثلاث زوجات.

والدليل على بطلانه : أنه ليس من كلام العرب ولا يعرفونه، وإنما هو نوع من العبث فلا يحمل عليه كلام العقلاء.

وأيضا فإنه إبطال للكلام السابق وقد يكون إقرارا بحق، فلا يقبل منه إبطاله بما ليس من كلام العقلاء.." (١)

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص/٢٢٨

"ص -١٣٩-...للقربة والكفر ينافيها لأنا نقول بعد التضعيف صار في حكم الخراج الذي هو من خواص الكفار وخلا عن وصف القربة "ويجاب بأنها" أي الصدقة المأخوذة من بني تغلب هي في المعنى "جزية سميت بذلك" أي بكونها صدقة مضاعفة "بالتراضي لخصوص عارض" فإن بني تغلب بكسر اللام عرب نصارى قال القاسم بن سلام في كتاب الأموال هم يعني عمر أن يأخذ منهم الجزية فنفروا في البلاد فقال النعمان بن زرعة أو زرعة بن النعمان لعمر: يا أمير المؤمنين إن بني تغلب قوم عرب يأنفون من الجزية وليست لهم أموال إنما هم أصحاب حروث ومواش ولهم نكاية في العدو فلا تعن عدوك عليك بهم قال: فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن يضعف عليهم الصدقة واشترط عليهم أن لا ينصروا أولادهم وفي رواية عنه هذه جزية سموها ما شئتم وإنما اختلف الفقهاء في أنها هل هي جزية على التحقيق من كل وجه؟ فقيل: نعم حتى لو كان للمرأة والصبي نقود أو ماشية لا يؤخذ منهما شيء وهو قول الشافعي ورواية الحسن عن أبي حنيفة قال الكرخي: وهي أقيس لأن الواجب عليهم كان الجزية فإذا صولحوا على مال جعل واقعا موقع المستحق وقيل لا بل هي واجبة بشرائط الزكاة وأسبابها وهو ظاهر الرواية لأن الصلح وقع على ذلك ومن ثمة لا يراعى فيها وصف الصغار والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية والمرأة من أهلها ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون بخلاف أرضهما لأن العشر ليس بعبادة محضة ليخص العقلاء البالغين فيؤخذ من أرضهما وقد أجاب أبو يوسف من قبل أبي حنيفة بأن التضعيف ثبت بالإجماع **على خلاف القياس** في قوم معينين للضرورة السالفة وهي منتفية هنا فلا يصار إليه مع إمكان ما هو الأصل في الكافر وهو الخراج فالصحيح ما قاله أبو حنيفة كما ذكره فخر الإسلام وغيره وهذا هو القسم الثالث.." (١)

"ص -١٦٨-...لأن غير المال لا يرد العقد عليه كالميتة والدم وأشار إلى دفعه بقوله "ورود العقد عليها لتحقق الحاجة" أي ثبت تقومها في العقد لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكما **على خلاف القياس** بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه. ومن ثمة لا يجوز إضافته إلى المنافع حتى لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا لا يصح وليس مثل هذه الضرورة في ضمان العدوان فيبقى على الحقيقة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها هنا أيضا؛ لأن في القول بعدم وجوب الضمان انفتاح باب الظلم وإبطال حق الملاك بالكلية أجيب

---

(١) التقرير والتحبير، ٢٨٤/٣

بالمنع فإن الحاجة فيما يكثر وجوده لا فيما يندر والعدوان مما يندر فإنه منهي عنه وسبيله عدم الوجود "ولم ينحصر دفعها" أي حاجة دفع العدوان "في التضمين بل الضرب والحبس أدفع" للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي تعزيرا له على عدوانه على أن ضمان المنافع بالعقد لو كان على وفق القياس لا يصح قياس العدوان عليه للفرق المؤثر بينهما فإن ضمان العقد إنما وجب بالتراضي وللرضا أثر في إيجاب أصل المال بمقابلة ما ليس بمال كما في الخلع والصلح عن دم العمد، وفي إيجاب الفضل أيضا. كما لو باع شيئا بأضعاف قيمته فإنه يصح ويجب على المشتري الفضل على القيمة لرضاه به وضمان العدوان يبنى على أوصاف العين من الجودة والرداءة بجبر القاضي لا على التراضي فانتفى الجامع بينهما ولا يبطل حق المالك بل يتأخر إلى الدار الآخرة هذا، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى الكبرى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي جامع الفتاوى نقلا عن المحيط الصحيح لزوم الأجران معدا للاستغلال بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع." (١)

"فصار أداء الإيمان في حقه كتعجيل الزكاة من المكلف بعد سبب وجوبها قبل وجوب أدائها عليه "فإن قيل مثله" أي جواز تعجيل الحكم بعد تحقق سبب وجوبه قبل وجوب أدائه "يتوقف على السمع"؛ لأن سقوط ما سيجب إذا وجب بفعل قبل الوجوب **على خلاف القياس** "قلنا" نعم وقد وجد وهو "إسلام علي رضي الله عنه" إذ أخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال أسلم علي وهو ابن ثمان سنين والحاكم من طريق ابن إسحاق أنه أسلم وهو ابن عشر سنين وعن ابن عباس دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية إلى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة. وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم ابن سبع أو ثمان سنين وقال شيخنا الحافظ فعلى هذا يكون عمره حين أسلم خمس سنين؛ لأن إسلامه كان في أول المبعث ومن المبعث إلى بدر خمس عشرة فلعل فيه تجوزا بإلغاء الكسر الذي فوق العشرين حتى يوافق قول عروة قالوا وصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه وكأنه مأخوذ من إقراره له على ذلك وقد أخرج الحاكم عن عفيف بن عمرو أن العباس قال له في

---

(١) التقرير والتحبير، ٣/٣٥٠

أول المبعث لم يوافق محمدا على دينه إلا امرأته خديجة وهذا الغلام علي بن أبي طالب قال عفيف فرأيتهم يصلون فوددت أني أسلمت حينئذ فأكون ربع." (١)

"أن يعتد بها مع النوم وقال شيخنا المصنف إنه الأوجه والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصلاة وهو كاف ألا يرى أنه لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه يجزئه ا هـ قلت وهو يفيد أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزئه وقد نصوا على أنه لا يجزئه وفي المبتغى ركع وهو نائم لا يجوز إجماعا فإن فرق بينها وبينهما بأنهما ركنان أصليان لا يسقطان بحال بخلافها فلا نسلم أن هذا مؤثر في الاعتداد بها دونهما في هذه الحالة وفي هذا مزيد بحث وفوائد أوردته في كتابي حلبة المجلي في شرح منية المصلي ثم عطف على أن قراءته "وأن لا تفسد قهقهته الوضوء ولا الصلاة وإن قيل إن أكثر المتأخرين" وفي المغني عامتهم على أن قهقهته "تفسدهما" أي الوضوء والصلاة أما الوضوء فلثبوت كونها حدثا في صلاة ذات ركوع وسجود بالنص وقد وجدت ولا فرق في الإحداث بين النوم واليقظة قلت وفيه نظر فإن ذلك في الحدث الحقيقي، وهي حدث حكمي ثابت **على خلاف القياس** في حق المستيقظ لمعنى معقول وهو الجناية على العبادة الخاصة بخصوص هذا الفعل وهو مفقود فيها نائما فلا يكون حدثا وأما الصلاة فلأن في القهقهة معنى الكلام والنوم كاليقظة فيه عند الأكثر، ووجه مختار فخر الإسلام وموافقيه وقد نص شيخنا المصنف في فتح." (٢)

"على أن الإمام شمس الأئمة ذكر في كتاب الإكراه في التلجئة أنهما لو تواضعا في النكاح على ألف سرا ثم عقدا علانية بألفين كان النكاح جائزا بألف ثم قال، وكذا الطلاق على مال والعتاق وعليه، ولم يذكر خلافا فعلى هذا كان الطلاق على مال مثل النكاح إذا كان الهزل في قدر البدل "وعنده" أي أبي حنيفة في البناء في الأوجه الثلاثة الهزل بأصل التصرف أو بقدر البدل فيه أو بجنسه "يتوقف الطلاق على مشيئتها" أي اختيار المرأة الطلاق بالمسمى على طريق الجد وإسقاط الهزل كما يتوقف وقوعه في خيار الشرط في الخلع من جانبها على اختيارها؛ لأن الهزل بمنزلة خيار الشرط عنده لكنه في الخلع غير مقدر بالثلاث بخلاف البيع؛ لأن الشرط في الخلع على وفاق القياس؛ لأنه من قبيل الإسقاط فإنه طلاق فيجوز تعليقه بالشرط مطلقا من غير تقييده بمدة فلها النقض والإجازة مؤبدا وأما في البيع **فعلى خلاف القياس**؛ لأنه من

---

(١) التقرير والتحبير، ٤٥٣/٣

(٢) التقرير والتحبير، ٤٨٣/٣

قبيل الإثبات وتعليقه غير جائز لكن الجواز ثبت بالنص مقدرا بالثلاث فيقتصر عليه قيل ينبغي أن يكون الخيار في الخلع أيضا مقدرا بالثلاث؛ لأن ثبوته من جانبها باعتبار معنى المعاوضة أجيب بأنه إنما يلزم أن لو كان المال فيه مقصودا لا تابعا وهو هنا تابع في الثبوت للطلاق والاعتبار للمتبوع دون التابع فلا يتقدر بالثلاث كذا في شرح البديع." (١)

""منها لحكم الأصل أن لا يكون" حكم الأصل "معدولا" به وحذفه مع أن العدول وهو الميل عن الطريق لازم فلا يبنى منه المجهول والمفعول إلا بالباء مسامحة لكثرة استعماله أن لا يكون حكمه مائلا أو كما في التلويح لا يبعد أن يجعل من العدل وهو الضرب فيكون متعديا فلا حاجة إلى تقدير الجار والمجرور والاعتذار عن حذفه أي أن لا يكون حكمه مصروفا "عن سنن القياس" أي طريقة لأنه متى كان عادلا عنه لم يكن القياس عليه علة لعدم حصول المقصود به فإن المقصود من حكم الأصل إثبات ذلك الحكم في الفرع بالقياس على الأصل ومتى كان ثبوته **على خلاف القياس** كان القياس ردا لذلك الحكم ودفعا له فلم يمكن إثباته به إذ لا يمكن إثبات الشيء بما يقتضي عدم ثبوته وحكم الأصل الجاري على سنن القياس "أن يعقل معناه" أي حكم الأصل "ويوجد" معناه "في آخر فما لم يعقل" معناه "كأعداد الركعات" في الصلوات من المكتوبات والواجبات والمندوبات "والأطوفة" أي وكأعداد الأشواط وهي سبعة في أصناف الأطوفة المشروعات "ومقادير الزكاة" من ربع العشر في النقدين وغيره في غيرهما من أنواع الأموال كما هو مسطور في الكتب الفقهيات "وبعض ما خص بحكمه" أي ما يكون حكم الأصل مخصوصا به "كالأعرابي بإطعام كفارته أهله" وهو." (٢)

"[الشورى: ٤٠] لانتفائها بين المضمون والمضمون به حينئذ فإن قيل فيلزم على هذا أن يضمن ما يتسارع إليه الفساد من فاكهة أو غيرها بالنقد إذ لا مماثلة بينهما من حيث البقاء والإجماع على خلافه قلنا لا فإن الشرط في المماثلة المشروطة بين المضمون والمضمون به المساواة في المالية وقد عرفت انتفاءها بين المنافع والأعيان "بخلاف الفاكهة مع النقد" فإنها متحققة بينهما "لاتصافها بالاستقلال بالوجود والبقاء" وإنما التفاوت بينهما في قدر البقاء "والتفاوت في قدره لا يعتبر" لأن قدره غير مضبوط فإن الدراهم تبقى ما لا يبقى غيرها من الثياب وغيرها فأدير الحكم على نفس البقاء دفعا للحرج. "وسره" أي عدم اعتبار

---

(١) التقرير والتحبير، ٤١/٤

(٢) التقرير والتحبير، ٣٣٣/٥

المساواة في البقاء "أن اعتبار المساواة لإيجاب البدل إنما هو حال الوجوب" للبدل "لأنه" أي حال الوجوب "حال إقامة أحدهما مقام الآخر والتساوي" بينهما "فيه" أي في حال الوجوب "إذ ذاك" أي حال الوجوب "ثابت ومنه" أي كون الأصل مخصوصا بحكمه بالنص فلا يبطل بالتعليل "حل متروك التسمية ناسيا" فإنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم "المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر الله ثم ليأكل " رواه الدارقطني والبيهقي إلى غير ذلك "**على خلاف القياس** على ترك شرط الصلاة" من طهارة أو غيرها." (١)

"ص -١٧٦-...كما أشار إليه بقوله "وإلحاق غير الماء به" أي الماء في إزالة النجاسة الحقيقة إنما هو "للعلم بأن المقصود" للشارع من الأمر بغسل الثوب به "الإزالة" للنجاسة "لا الاستعمال" للماء من حيث هو "وإن نص" الشارع "على الماء في قوله واغسليه بالماء" وإنما قلنا للعلم بأن المقصود الإزالة "للاكتفاء" أي للإجماع على الاكتفاء عن استعماله "بقطع محلها" أي النجاسة في إسقاط هذا الواجب ولو كان استعماله واجبا لعينه لم يسقط بذلك "فيتعدى" هذا الحكم وهو طهارة الثوب النجس بغسله بالماء المطلق الطاهر "إلى كل مزيل" قالع طاهر بماء كان أو غيره وإنما نص على الماء لأنه الغالب مع ما فيه من اليسر لسهولته وكثرته. فإن قيل فينبغي أن تجوز إزالة الحدث أيضا بالمائع المذكور وإن نص على إزالته بالماء لعين هذا المعنى وليس كذلك إجماعا فالجواب لا لكون إزالته الخبث بالماء معقول المعنى "بخلاف" إزالة "الحدث" به فإنه غير معقول المعنى إذ "ليس" الحدث "أمرا محققا" على الأعضاء "يزال" بالماء "بل" هو "اعتبار" شرعي اعتبر قائما بالأعضاء ثم "وضع الماء لقطعه" بأن تعبده بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح برأسه لذلك وإلا فالماء إنما يزيل الأجرام الحسية لا الأمور المعنوية "فاقتصر على ما علم قطع الشارع اعتباره" أي الحدث "عنده" أي استعمال الماء ولا يقال لا يقاس المائع الطاهر القالع على الماء في هذا لأن الطهارة به **على خلاف القياس** إذ مقتضاه أن يتنجس الماء بملاقاة النجاسة فتخلف النجاسة البلة النجسة. وكذا في المرة الثانية وهلم جرا إلا أن الشارع أسقط هذا لتحقق الإزالة الشرعية لأنا نقول كما قال المصنف "وإذ سقط التنجس بالملاقاة فيه" أي في الماء "لتحقق الإزالة سقط" التنجس بالملاقاة "في

---

(١) التقرير والتحبير، ٥/٣٤٣

غيره" أي الماء من المائعات الطاهرة القالعة "لذلك" أي لتحقق الإزالة فإن الحكم بالتطهير لا يتصور بدونها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم "وما يقال" سقط مقتضى." (١)

"خرج فيكون ظنه مجرد جهل، وهو لا يكون عذرا في دار الإسلام، وأما الثاني فلتعاضد علمه بكون الحديث على غير ظاهره، أو نسخه مع كون الفطر بها **على خلاف القياس** على وجوب الكفارة لانتفاء الشبهة حينئذ في وجوبها قالوا: وإن علم أن بعض العلماء قال بالفطر بها ولكن في هذا نظر "ومن زنى بجارية والده"، أو والدته "أو زوجته يظن حلها لا يحد" عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: يحد للوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه، أو عمه على ظن الحل وهم يقولون لا يحد "للاشتباه"؛ لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال فظنه حل الاستمتاع بأمتهم اعتماد على شبهة في ذلك فاندرأ الحد بها بخلاف الأخ، والعم، فإنه لا انبساط لكل منه، ومنهما في مال الآخر فدعوى ظنه الحل ليست معتمدة على شبهة فلا تعتبر "ولا يثبت نسب" بهذا الوطء، وإن ادعاه الواطئ "ولا عدة" أيضا على الموطوءة بهذا الوطء "لما" عرف "في موضعه" من أنه تمحض زنا إذ لا حق له في المحل، والولد للفراش وللعاهر الحجر ولا عدة من الزنا، وهذه إحدى الشبهتين الدارئتين للحد عندهم وتسمى شبهة في الفعل وشبهة اشتباه؛ لأنها إنما تؤثر في سقوط الحد على من اشتبه عليه لا على من لم يشتبه عليه كقوم سقوا خمرا على مائدة فمن علم بها." (٢)

---"

(فصل في محل الخبر) أي : الحادثة التي ورد فيها الخبر (وهو إما حقوق الله تعالى وهي إما العبادات أو العقوبات . والأولى تثبت بخبر الواحد بالشرائط المذكورة ، وما كان من الديانات كالإخبار بطهارة الماء ونجاسته فكذا) أي : يثبت بأخبار الآحاد بالشرائط المذكورة أي : إذا أخبر الواحد العدل أن هذا الماء طاهر أو نجس يقبل خبره ثم استدرك عن قوله : فكذا بقوله : (لكن إن أخبر بها الفاسق أو المستور يتحرى ؛ لأن هذا) إشارة إلى الإخبار عن طهارة الماء ونجاسته (أمر لا يستقيم تلقيه من جهة العدول بخلاف أمر الحديث) ففي كثير من الأحوال لا يكون العدل حاضرا عند الماء فاشتراط العدالة بمعرفة الماء حرج ، فلا يكون خبر الفاسق والمستور ساقط الاعتبار فأوجبنا انضمام التحري به بخلاف أمر الأحاديث فإن الذين

---

(١)

(٢) التقرير والتحبير، ١٥٦/٦

يتلقونها هم العلماء الأتقياء ، فلا حرج إذا لم يعتبر قول الفسقة والمستورين في الأحاديث ، **ف**لا اعتبار ؛ لأحاديثهم أصلا . (وأما أخبار الصبي والمعتوه والكافر ، فلا يقبل فيها أصلا) أي : لا يقبل في الديانات كالإخبار عن طهارة الماء ونجاسته أصلا أي : لا يلتفت إلى قوله : فلا يجب التحري بخلاف أخبار الفاسق فإن الواجب فيه التحري . (والثانية) أي : العقوبات كذلك عند أبي يوسف رحمه الله (أي : تثبت بخبر الواحد بالشرائط المذكورة ؛ لأنه يفيد من العلم ما يصح به العمل في الحدود كالبينات ؛ ولأنه يثبت العقوبات بدلالة النص .) والثابت بدلالة النص فيه شبهة فعلم أن العقوبات تثبت بدليل فيه شبهة ، وجوابه أن الثابت بدلالة النص قطعي بمعنى قطع الاحتمال الناشئ عن دليل كحرمة الضرب من قوله تعالى = فلا تقل لهما أف = والثابت بخبر الواحد ليس في هذه المرتبة (وعندنا لا لتمكن الشبهة في الدليل والحد يندرئ بها ، وإنما تثبت بالبينة بالنص) أي : كان القياس أن لا تثبت العقوبات كالحدود و**القصاص** بالبينة ؛ لأنها خبر الواحد فإن كل ما دون التواتر خبر الواحد فتكون البينة دليلا فيه شبهة والحد يندرئ بها لكن إنما تثبت العقوبات بالبينة بالنص **على خلاف القياس** ، فلا يقاس ثبوتها بحديث يرويه الواحد على ثبوتها بالبينة . (وأما حقوق العباد فتثبت بحديث يرويه الواحد بالشرائط المذكورة ، وأما ثبوتها بخبر يكون في معنى الشهادة فما كان فيه إلزام محض لا يثبت إلا بلفظ الشهادة والولاية) ، فلا تقبل شهادة الصبي والعبد (والعدد عند الإمكان) حتى لا يشترط العدد في كل موضع لا يمكن فيه العدد عرفا كشهادة القابلة (مع سائر شرائط الرواية صيانة لحقوق العباد ؛ ولأن فيه معنى الإلزام فيحتاج إلى زيادة توكيد ، والشهادة بهلال الفطر من هذا القسم) أي : له حكم هذا القسم لما فيه من خوف التزوير والتلبيس (وما ليس في الإلزام كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا ، وما أشبه ذلك كالودائع و**الأمانات** تثبت بأخبار الواحد بشرط التمييز دون العدالة فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر ؛ لأنه لا إلزام فيه وللضرورة اللازمة هنا) . فإن في اشتراط العدالة في هذه الأمور." (١)

" قطع الاحتمال الناشئ عن دليل كحرمة الضرب من قوله تعالى فلا تقل لهما أف والثابت بخبر الواحد ليس في هذه المرتبة وعندنا لا لتمكن الشبهة في الدليل والحد يندرئ بها وإنما تثبت بالبينة بالنص أي كان القياس أن لا تثبت العقوبات كالحدود والقصاص بالبينة لأنها خبر الواحد فإن كل ما دون التواتر

(١) التوضيح على التنقيح، ٢/٨

خبر الواحد فتكون البينة دليلا فيه شبهة والحد يندرئ بها لكن إنما تثبت العقوبات بالبينة بالنص على خلاف القياس فلا يقاس ثبوتها بحديث يرويه الواحد على ثبوتها بالبينة

وأما حقوق العباد فتثبت بحديث يرويه الواحد بالشرائط المذكورة وأما ثبوتها بخبر يكون في معنى الشهادة فما كان فيه إلزام محض لا يثبت إلا بلفظ الشهادة والولاية فلا تقبل

". (١)

"وهذا يدل على أن هذا مما لا يدرك بالرأي ، ولا يهتدي الرأي إلى وجه الفرق فيه».

قال شيخ الإسلام: «قد تأملنا عامة المواضع التي قيل: إن القياس فيها عارض النص، وإن حكم النص فيها على خلاف القياس، فوجدنا ما خصه الشارع بحكم عن نظائره، فإنما خصه به لاختصاصه بوصف أوجب اختصاصه بالحكم، كما خص العرايا بجواز بيعها بمثلها خرصا، لتعذر الكيل مع الحاجة إلى البيع، والحاجة توجب الانتقال إلى البدل عند تعذر الأصل، فالخرص عند الحاجة قام مقام الكيل ، كما يقوم التراب مقام الماء ، والميتة مقام المذكى عند الحاجة ، وكذلك قول من قال : القرض أو الإجارة أو القراض أو المساقاة أو المزارعة ونحو ذلك على خلاف القياس ، إن أراد به أن هذه الأفعال اختصت بصفات أوجبت أن يكون حكمها مخالفا لحكم ما ليس مثلها ، فقد صدق . وهذا هو مقتضى القياس ، وإن أراد أن الفعلين المتماثلين حكم فيهما بحكمين مختلفين , فهذا خطأ ، ينزه عنه من هو دون الأنبياء صلوات الله عليهم . ولكن هذه الأقيسة المعارضة هي الفاسدة ، كقياس الذين قالوا : { إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا} وقياس الذين قالوا " أتأكلون ما قتلتم ، ولا تأكلون ما قتل الله ؟ " يعنون الميتة ، وقال تعالى : {وإن الشياطين ليوحون إلى أوليائهم ليجادلوكم وإن أطعتموهم إنكم لمشركون} . ولعل من رزقه الله فهما ، وآتاه من لدنه علما ، يجد عامة الأحكام التي تعلم بقياس شرعي صحيح يدل عليها الخطاب الشرعي ، كما أن غاية ما يدل عليه الخطاب الشرعي هو موافق للعدل الذي هو مطلوب القياس الصحيح .." (٢)

"وقال الهندي: ما جاز فعله أو تركه مع قيام المانع منه، ويرد عليه كثير مما تقدم.

وقيل: ما لزم العباد بإيجابه تعالى وفيه نظر.

---

(١) التوضيح في حل عوامض التنقيح، ٢/٢٢

(٢) الائتلاف في ذكر أسباب الخلاف، ص/١٠

وقيل: ما خرج عن الوضع الأصلي لعارض.

وقال ابن الحاجب: المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر، ويرد عليه التعبد بالتحريم.

وقيل: استباحة المحظور مع قيام المحرم، فإن أريد إباحة المحظور مع قيام المحرم بلا حرمة فهو قول بتخصيص العلة، وإن أريد إباحة المحظور مع قيام الحرمة، فهو قول بالجمع بين المتضادين، وكلاهما فاسد.

وقيل: الحكم مع المعارض أي مع قيام الدليل الدال على المنع.

وقيل: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر مع كونه حراما في حق غير المعذور، وهو المراد بقول الفقهاء ما ثبت **على خلاف القياس** أي الشرعي، لا القياس العقلي المصلحي، لأنه إنما عدل به عن نظائره لمصلحة راجحة. هذا في جانب الفعل، وفي جانب الترك أن يوسع للمكلف تركه مع قيام الوجوب في حق غير المعذور تخفيفا وترفها سواء كان التغيير في وضعه أو حكمه.

وهو نوعان:

أحدهما : أن يتغير الحكم مع بقاء الوصف الذي كان عليه بأن يكون في نفسه محرما مع سقوط حكمه، كإجراء كلمة الكفر على لسانه حالة الإكراه مع قيام التصديق بالقلب.

والثاني : أن يسقط الحظر والمؤاخذة جميعا كأكل الميتة عند المخمصة حتى لو امتنع ومات فإنه يؤاخذ.

المبحث الثاني: الرخصة من أي الخطابين؟.

في أن الرخصة من أي الخطابين؟ فأما الآمدي فجعلها من أنواع خطاب الوضع والحق: أنها من خطاب الاقتضاء، ولهذا قسموها إلى واجبة ومندوبة ومباحة، وظاهر كلام الجمهور أنها من أقسام الحكم، وظاهر كلام الرازي أنها نفس فعل المكلف، والقولان غير خارجين عن المدلول اللغوي، فإن الأول يشهد له قول العرب: الرخصة التيسير، ويشهد للثاني قولهم: هذا رخصي من الماء أي: هذا شربي.." (١)

"وقال القاضي عبد الوهاب في "الملخص": للمسألة حالتان.

إحداهما: أن يكون الفعل مباحا في أصله إما بحكم العقل على القول بأن الأصل في مجوزات العقول مباح، أو بتوقف من الشرع على ذلك ثم يرد حظر معلق بغاية أو شرط أو علة، فإذا ورد "افعل" بعد زوال ما علق الحظر به فإنه يفيد الإباحة ويرفع الحظر عند جمهور العلماء.

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٢٦٢/١

والثانية: أن يرد حظر مبتدأ غير معلل بعلة عارضة، ولا معلق بشرط، ولا غاية ثم يرد بعده صيغة الأمر فهذا موضع الخلاف، ومثله بالكتابة.

قال: ويجوز رجوعها إلى الأول؛ لأن منع الكتابة إنما كان لدخولها في الغرر، وحظر الغرر مبتدأ. الثاني: ليس المراد بالحظر في هذه المسألة أن يكون محرما فقط بل المراد ذلك، أو أنه كان من حقه التحريم فإن الشافعي رضي الله عنه مثلها بقوله تعالى: {فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا} [النور:٣٣] وجواز الكتابة على خلاف القياس، ومثل ذلك الإجارة والمساقاة.

الثالث: قال المازري: ترجمة المسألة بالأمر الوارد بعد الحظر للإباحة غير سديد؛ لأنه كالمتناقض؛ إذ المباح غير مأمور به، وهذه العبارة تقتضي كونه مأمورا به، والصواب: أن يقول: "افعل" إذا ورد بعد الحظر. وقال عبد الجليل الربعي في "شرح اللامع": هذه العبارة رغب عنها القاضي، وقال: الأولى فيها أن يقال: "افعل" بعد الحظر؛ لأن "افعل" يكون أمرا تارة وغير أمر، والمباح لا يكون مأمورا به، وإنما هو مأذون فيه.

الرابع: احتج القائلون بالإباحة بأن تقدم الحظر قرينة صرفت للأمر عن الوجوب. وعارض ابن عقيل الحنبلي، فقال: إذا راعيتم الحظر المتقدم وجعلتموه قرينة صارفة له عن مقتضاه، فكان من حقكم أنه يكون تهديدا ووعيدا ويكون قرينة الحظر صارفة له إلى التهديد حتى تكون القرينة مبينة لحكم من جنسها، ثم يلزمهم النهي إذا ورد بعد الأمر أن يكون الوجوب المتقدم قرينة تصرفه عن ظاهره إلى الكراهة.

وأجيب عن الأول: بأنه إنما لم يحمل على التهديد لئلا يبطل مقصود الأمر فحمل على الإباحة مراعاة له، وصرف عن الوجوب مراعاة للقرينة.

وللمعترض أن يقول ما راعى الأمر فلا بد من جواب صحيح.

الخامس: قيل: يحتاج إلى الجمع بين هذه المسألة وبين قول الفقهاء: ما كان." [(١)]

"أو لا يكون ظاهرا، بل عملوا بما تضمنه.

ففي القسم الثاني ثلاثة مذاهب، ثالثها: إن كان على خلاف القياس فهو مستندهم، وأما الثالث فلا يدل على أنهم عملوا من أجله، وهل يدل إجماعهم على موجبه على صحته؟ فيه خلاف. انتهى.

وقال إلكيا: إذا ظهر أن مستند الإجماع نص، كان هو مستند الحكم، ونحن إنما نتلقى الحكم من الإجماع إذا لم نر مستندا مقطوعا به، فأما إذا أجمعت الأمة على موجب الخبر المروي من خبر الواحد، فهل يدل

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٢/١١٥

القطعي على أن إجماعهم كان لأجله أم لا؟

قال: فيه تفصيل، وهو إن عملوا بما عملوا، وحكموا مستندين إلى الخبر مصرحين بالمستند، فلا شك، وإن لم يظهر ذلك، فالشافعي "رحمه الله" يقول في مواضع من كتبه: إن إجماعهم يصرف إلى الخبر، وبه قال أبو هاشم، وزاد عليه فقال: أجمعت الصحابة على القراض، ولا خبر فيه، فالظاهر أنهم أجمعوا عليه بخبر المساقاة، ولكن اشتهر الإجماع في القراض؛ لعموم البلوى به، دون المساقاة.

وذهب غيرهما إلى أنه يجوز أن يكون إجماعهم لأجل الاجتهاد، أو لأجل خبر آخر لم ينقل، ويبعد كل ذلك ليس خرقا للعادة، وهذا لا دافع له إلا أن يقال: لا يجوز أن يجمعوا لأجل خبر، ثم لا ينقل ما أجمعوا عليه، وهذا لا يمشي إذ يمكن أن يقال: إجماعهم أعني نقل ما له أجمعوا. ا هـ.

وما نقلاه عن الشافعي، نقله في "المحصول" عن أبي عبد الله البصري، وخالفه، والظاهر أن المراد أن ذلك على سبيل الظن الغالب، لا أنه عنه حقيقة. وقال ابن برهان في "الأوسط": الخلاف لفظي لا فائدة له؛ لأن الإجماع ينعقد عن الدليل القطعي والظني.

قلت: ولها نظائر .

منها أن عمل العالم أو فتياه على وفق حديث لا يكون حكما منه بصحة ذلك الحديث؛ لإمكان أن يكون ذلك منه احتياطا أو لدليل آخر وافق ذلك الخبر، وكذلك مخالفته للحديث ليست قدحا منه في صحته، وقد سبق الخلاف فيها.

ومنها الإجماع على وفق خبر لا يدل على صدقه، وقد سبقت في باب الأخبار.." (١)

"السارق ويتجه أن يخرج له في هذه قولان من اختلاف قوله في تحمل العاقلة الأطراف وأروش الجراحات والحكومات، فإنه قال في القديم: لا يضرب على العاقلة لأن الضرب **على خلاف القياس،** لكن ورد الشرع به في النفس فيقتصر عليها، ولهذا لا قسامة ولا كفارة في الأطراف. والمشهور أنها تضرب عليهم كدية النفس قياسا بل أولى لأنه أقل.

وقال الماوردي والروياني: الذي يثبت به القياس في الشرع هو الأحكام المستنبطة من النصوص، فأما الأسماء والحدود في المقادير ففي جواز استخراجها بالقياس وجهان: أحدهما: يجوز إذا تعلق بأسماء الأحكام كتسمية النبيذ خمرا لوجود معنى الخمر فيه ويجوز أن يثبت المقادير قياسا كما قدرنا أقل الحيض

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٣/٥٠٥

وأكثره، وهذا اختيار ابن أبي هريرة، لأن جميعها أحكام والثاني: لا يجوز لأن الأسماء مأخوذة من اللغة دون الشرع، ومعاني الحدود غير معقولة والمقادير مشروعة انتهى. وفي بعض النسخ أن الأول هو الصحيح لكن نقل في كتاب الصيام عن علي بن أبي هريرة أنه أوجب بالأكل والشرب كفارة فوق كفارة المرضع والحامل ودون كفارة المجامع: قال: وهذا مذهب لا يستند إلى خبر ولا إلى أثر ولا قياس، حكاه عنه الرافعي، قال صاحب الذخائر وقد حكى أنه لا وقص في النقدين فيجب فيما زاد على النصاب بحسابه خلافا لأبي حنيفة وأنه اعتبره بالماشية. قال: وهو فاسد؛ لأنه قياس في غير محله سيما على رأيهم فإن القياس في المقدرات ممنوع. انتهى.

وقال الأصحاب فيما إذا قلنا: يمسح على الجبيرة بالماء، هل يتقدر مدة المسح بيوم وليلة للمقيم وثلاثة للمسافر؟ وجهان، أصحهما: لا، لأن التقدير إنما يعرف بنقل وتوقيف ولم يرد، ونقل القاضي في التقريب والشيخ في اللمع عن الجبائي مثل قول الحنفية. قالا: وقيل: يجوز إثبات ذلك بالاستدلال دون القياس. وقال آخرون: لا يجوز مطلقا. وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: منع بعض أهل الكوفة جريان القياس في الزكاة والحدود والمقادير، وربما ألحق بها الكفارات قال: وما من باب إلا ولهم فيه ضرب من القياس ولا تعلق لهم بغيره، والظاهر أنهم استعملوه في الوصف إذا ثبت بغير الأصل، ومنعوه في الإيجاب، وجوزوه في الترك. انتهى وذكر أبو عبد الله الصيمري من الحنفية في كتابه في الأصول أنه روي عن أبي يوسف إثبات الحدود بخبر الواحد، قال: فيجوز على قوله إثباته بالقياس ويجوز أن يقال خبر الواحد مقدم على القياس واحتج الشيخ في اللمع بأن هذه الأحكام يجوز إثباتها بخبر الواحد فجاز إثباتها." (١)

"خف الحديد على الأدم بالمسح عليه. وإن لم يوجد في المخصوص وصف يمكن القياس عليه امتنع القياس كالجنين لا يقاس عليه الشخص الملفوف في الثوب، لأنه لا معنى في الجنين يقاس عليه الملفوف. أ هـ.

وفصل بعضهم فقال: الحكم الثابت في الأصل إما أن يكون قطعيا أو ظنيا فالقطعي يجوز إلحاق الغير به والظني يكون الفرع منه مترددا بين أصلين:

أصل يوجب إثبات الحكم فيه، وآخر ينفيه لمشابهته للمسمى وغيره فيجب على المجتهد الترجيح بدليل. والكلام في هذا يستدعي تعريف ما عدل عن سنن القياس من غيره. وقد بين إلكيا ذلك بأقسام.

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٤/٤٨

أحدها : أن يكون ذلك الشيء قاعدة متأصلة في نفسها مختصة بأحكام غيرها، فلا يقال لهذا المعنى إنه مخالف لأنه ليس أصل أولى به، كقولهم: النكاح عقد على المنفعة يصح مع جهالة المدة، فصحته مع جهالة المدة **على خلاف القياس،** فإن ما في النكاح من المقصود لا يتأتى إلا بإبهام المدة كالتناسل، فـالإبهام فيه كالإعلام. ومنه قولهم: السلم خارج عن القياس لأنه معاملة موجود بمعدوم، وكذا الإجارة. فإنا لم نجوز المعاملة بموجود لمعدوم لغرر متوقع، وإلا فالعقل لم يمنع منه إذا وجد الرضا، ولكن الاغترار مما يجر ندما وضررا، فإذا ظهر لنا في السلم أن الحالة الداعية إلى تجويزه هي الغرر المقرون بالعقد لم يكن له من الوزن ما يخالف أنه مخالف القياس، فإن القياس الأصلي هو الرضا ويعتد به الشارع للمصالح الجزئية وحيث لا مصلحة في نفي الغرر رد إلى الأصل، والأصل الرضا، فغلبنا مصلحة على أخرى.

الثاني : أن يكون الحكم الثابت فيه مما لا يمكن أن يتلقى من أصل آخر ولا يظهر لنا أنه أولى بالاعتبار من الأصل المنتقل عنه، وبه يتميز هذا القسم مما قبله. ونظيره أن الوالد لا يقتل بولده مع الجريمة الظاهرة، ولكن الشرع غلب حرمة الأبوة فقال: لا يقتل به، فهذا لا يظهر لنا وجه تغليبه. بخلاف السلم فإنه يظهر لنا من قياس الأصول تغليب حاجة المسلم، فهذا وما أشبهه معدول به عن القياس الجلي لمعنى خفي.

ومنه: الدية على العاقلة فإنها أثبتت على خلاف قياس المضمونات، وكل قياس يتضمن إبطال هذا الاختصاص مردود، وكل قياس يتضمن تقريبا مقبول، فهو على اعتبار ما دون الموضحة بمقدار الموضحة، وتحمل العاقلة. أثبت باعتبار الجزئية حتى." (١)

"يهتدي البدل وتتعاون على أدائه، والقليل والكثير في هذا سواء واختلف قول الشافعي في بدل العبد واختلف قوله في إخراج الصيد من قيمته وهل هو كخراج الحر من ديته، ولكن ذلك على مخالفة القياس من وجه اعتبار قياس الغرامات، ويجوز إجراء القياس فيه على شرط التزام التقريب بحيث لا يلتزم إبطال التخصيص أو تصرفا في غيب والتقريب الخاص أولى من المعنى الكلي المخيل، فهذا هو العدول به عن القياس، فإذا لم يمتنع ذلك فهاهنا أولى.

الثالث : إذا كان أصله لا يتعلق بمصلحة كلية ولا جزئية ظاهرة لنا، كما قاله الشافعي في العرايا إنه مخالف لقياس الربا وفي العرايا مصلحة ظاهرة ولا يتخيل ذلك في الربا، ولكنه على وجهين:

أحدهما : أن يقال في الربا: وإن لم نطلع على مصلحة خفية كما اطلعنا عليها في ربا النساء، ولكنا نعلم

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٤/٨٦

أن الرب تعالى إنما حرمه لأن التوسع فيه يجر إلى ربا النساء، ولا شك أن العرايا مخالفة لهذا.

والثاني : أن معنى قولنا: العرايا مخالفة لقياس الربا أنها على مخالفة المعهود من قياس الربا وإن لم يكن معنى المصلحة معهودا لنا، وإذا ساغ – دون فهم المعنى – إلحاق ما عدا المنصوص به ساغ تقدير مخالفة القياس حيث امتنع الاعتبار والتقريب منه، وأما قول الشافعي: إن الأجل والخيار على مخالفة الأصل، مع أن الأصل اتباع التراضي وهو القياس الأصلي، فإنه لا قوام للعالم إلا به، وتجويز الخيار من تفاصيل أصل الرضا، فصح أنه **على خلاف القياس،** لكنه خلاف قياس هو أولى به، وهذا تأويل حسن.

وأقول: هو ينقسم باعتبارات:

أحدها : أن يرد ابتداء غير مقتطع من أصل، ولا يعقل معناه، فلا يقاس عليه لتعذر العلة. قال الغزالي: ويسمى هذا خارجا عن القياس تجوزا، ومعناه أنه ليس منقاسا، لأنه لم يدخل في القياس حتى يخرج منه. ومثاله المقدرات وأعداد الركعات ونصب الزكوات ومقادير الحدود والكفارات. أما أصل الحدود والكفارات فيجوز القياس عليها كما سبق.

الثاني : ما شرع مبتدأ غير مقتطع من أصل وهو معقول لكنه عديم النظير فلا يقاس عليه لتعذر الفرع الذي هو من أركان القياس. قال الهندي: وتسميته هذا." (١)

"أن لا يكون الفرع منصوصا أو مجمعا عليه، وهذا ظاهر إذا كان الحكم المنصوص عليه **على خلاف القياس**. وإلا لزم تقديم القياس على النص وهو ممتنع، نعم يجوز لتجربة النظر. فأما إذا كان على موافقته، فإما أن يكون النص الدال على ثبوت حكم الفرع هو بعينه الذي دل على حكم الأصل أو غيره، فإن كان الأول فالقياس باطل، لأنه ليس جعل تلك الصورة أصلا والأخرى فرعا أولى من العكس، وإن كان غيره فالقياس فيه جائز عند الأكثرين كما نقله في المحصول لأنه ليس المقصود إثبات الحكم بل الاستظهار بتكثير الحجج. وترادف الأدلة على المدلول الواحد جائز لإفادة زيادة الظن. ومنع بعضهم من قياس المنصوص عليه مطلقا، وأطلق الآمدي دعوى الإجماع على اشتراطه، ونقل الدبوسي في "التقويم" الجواز مطلقا عن الشافعي فقال: جوز الشافعي كون الفرع فيه نص ويزداد بالقياس بيان ما كان النص ساكتا عنه، ولا يجوز إذا كان مخالفا للنص.

السادس : شرط الغزالي والآمدي انتفاء نص أو إجماع يوافقه١، أي لا يكون منصوصا على شبهه بخلاف

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٤/٨٧

الشرط قبله فإنه شرط في نصه هو. والحق أن هذا غير شرط، وفائدة القياس معرفة العلة أو الحكم، وفائدة النص ثبوت الحكم.

السابع : أن لا يكون الحكم في الفرع ثابتا قبل الأصل، لأن الحكم المستفاد متأخر عن المستفاد منه بالضرورة، فلو تقدم مع ما ذكرته من وجوب تأخره لزم اجتماع النقيضين أو الضدين وهو محال، وهذا كقياس الوضوء على التيمم في اشتراط النية، لأن التعبد بالتيمم إنما ورد بعد الهجرة، والتعبد بالوضوء كان قبله ونازع العبدري في المثال بأنه من قياس الشبه لا من قياس العلة، ومعناه: طهارتان فكيف تفترقان؟

ومنع ابن الصباغ في "العدة" هذا الشرط، وجوز أن يكون الحكم عليه أمارات متقدمة ومتأخرة، فللمستدل أن يحتج بالمتقدم منها والمتأخر، فإن الدليل يجوز تأخره عن ثبوته. ولهذا معجزات النبي صلى الله عليه وسلم منها ما قارن نبوته، ومنها ما تأخر عنه، ويجوز الاستدلال على نبوته بما نزل من القرآن بالمدينة، وكذا في الأحكام المظنونة وكذا نقل إلكيا في تعليقه عن الأصحاب أنهم جوزوا ذلك، فإن العالم متراخ عن القديم فيستدل به على إثبات القديم. ثم قال: وهذا غير صحيح. فإنا لا نستدل بوجود العالم على إثبات الصانع، لأنه ثابت قطعا. وإنما استدللنا بالعالم على العلم

ـ

١ انظر مختصر ابن الحاجب "٢٣٣/٢" المستصفى "٣٣١/٢" الإحكام الآمدي "٣٦٣/٣".." (١)

"شرع في الجناية عليه بالقذف الحد، وهو أحق بالحفظ من غيره، فإن الإنسان قد يتجاوز من جنى على نفسه وماله، ولا يكاد أحد يتجاوز عن الجناية على عرضه، ولهذا كان أهل الجناية يتوقعون الحرب العوان المبيدة للفرسان لأجل كلمة، فهؤلاء عبس وذبيان استمرت الحرب بينهم أربعين سنة لأجل سبق فرس فرسا، وهما داحس والغبراء، وإليهما تضاف هذه الحرب، وذلك لأن المسبوق، وهو حذيفة بن بدر، اعتقد مسبوقيته عارا يقبح عرضه.

ويلتحق بهذا القسم مشكل الضروري، كحد قليل المسكر ووجوب الحد فيه، وتحريم البدعة والمبالغة في عقوبة المبتدع الداعي إليها، وفي حفظ النسب بتحريم النظر والمس، والتعزير على ذلك.

الثاني – الحاجي:

وهو ما يقع في محل الحاجة، لا الضرورة، كالإجارة فإنها مبنية على مسيس الحاجة إلى المساكن مع

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ٩٨/٤

القصور عن تملكها وضن مالكها ببذلها عارية. وكذلك المساقاة لاشتغال بعض الملاك عن تعهد أشجاره. وكذلك القراض.

وذكر بعضهم في هذا القسم البيع. وقال إمام الحرمين: تصحيح البيع آيل إلى الضرورة. والإجارة دونه، لأن كل أحد لا يستغني عن البيع، فالضرورة إليه عامة، وفي الآحاد من يستغني عن الإجارة، فالحاجة إليها ليست عامة. ونازعه ابن المنير وقال: وقوع الإجارات أكثر من المبايعات.

ومنه: نصب الولي للصغير، لأنه أكمل نظرا من المرأة، لكمال عقله، فلو فوض نكاحها إليها أوقعت نفسها في معرة، لقصور نظرها، ولأن توليها النكاح يستقبح عند العقلاء، لإشعاره ببذاءتها.

ثم قد يكون من هذا ما هو ضروري، كالإجارة لتربية الطفل. وتكميلا كخيار البيع، ورعاية الكفاءة، ومهر المثل في تزويج الصغير فإنه أفضى إلى دوام النكاح.

ثم اعلم أن "المناسبة" قد تكون جلية حتى تنتهي إلى القطع، كالضروريات. وقد تكون خفية، كالمعاني التي استنبطها الفقهاء وليس لهم إلا مجرد احتمال اعتبار الشرع لها.

وقد يشتبه كون "المناسبة" واقعة في مرتبة الضرورة أو الحاجة لتقاربهما. وقد قال بعض الأكابر: إن مشروعية الإجارة **على خلاف القياس** فنازعه بعض الفضلاء." (١)

"ص -٨٩-...على [اقتضاء] الإيجاب وحمل الأخرى على الاستحباب.

٩٣٤- فأما ما أشرنا إليه من تشبيه هذا الضرب على رأي مالك [بالطهارات فهو] يصلح لعقد المذهب وإلا فقد مهدنا أن القياس لا يجرى في محاولة تأصيل الأصول على هذا الوجه وإنما يجري [طرف] من التشبيه في [جزيئات] النوع من غير خروج عنه.

وأما التعلق بالظاهر فأوجه ولكن الشافعي لم يعتمد في إيجاب الإيتاء مجرد الظاهر لكن عول على سير الصحابة رضي الله عنهم وما كان منهم ونقل آثارا مطابقة لمعتقده وضم إليه أن الكتابة يتضمنها إرفاق من كل وجه والإيتاء منه وقد رآه الأولون على الاطراد يتضمنها والتبرعات لا تطرد سيما في الأموال والكتابة تلزم في حق السيد ومن متضمنها الرفق المنقول وما تقرر يلزم شيئا إذا صح لم يلزم الإقدام عليه على أن لا أرى مذهب الشافعي مسألة أضيق [مسلكا] من الإيتاء.

٩٣٥- ونحن نقول وراء ذلك: أما مالك فسوى بين الكتابة وبين باب الطهارات في إثبات إيجاب الأصل

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه، ١٩٠/٤

ولاح على أصله [إجراء] قسم الكتابة في وضع الشرع على باب الطهارات [باحتمال] أمور خارجة عن أقيسة المعاوضات فيها والشافعي لم يوجب الكتابة وقال للشرع تعبد في الإيجاب متبع وإن لم يكن منقاسا كإيجاب الطهارة وإن لم تجب النظافة وللشارع أحكام في رفع حجره وإطلاق حجر القياس اطراده كما جرى في الكتابة فكان احتمال الشرع لهذا في الكتابة **على خلاف القياس** [مضاهيا لإيجاب الشرع الطهارة **على خلاف القياس**].

ويخرج من ذلك تعادل الضربين في خروج الطرفين عن القياس فانتهض إيجاب الطهارة [محصلا] لمكرمة النظافة كما انتهض رفع الحجر في الكتابة مرعيا في تحصيل العتاقة.." (١)

"ص -٢١١-...وهذا زلل فإن إمكان تصوير ما يسقط القصاص لا يدرؤه إذا لم يكن وكان بدله ما يشابه الاشتراك في الروح فلو توجهت هذه الجهات وبعد القول في الأصل بعض البعد كان ذلك دون المرتبة الأولى المستندة إلى العلم [والقطع] فهذا واضح جدا.

ومن حكم وضوحه أنه لا يثبت له معارض إذ لو قدر له معارض لكان ناشئا من تقدير شبهة توجب المحافظة على حكمة العصمة في حق الجاني ومآخذ الشبهات ما يشير إليه المعاذير ولا عذر للجاني.

وإن حاول الخصم تسبيب المعارضة في جهة أن واحدا لم يقطع اليد بطل ذلك عليه بالنفس.

ولو رجع وزعم أن القصاص على الشركاء **على خلاف القياس** كان ذلك روم اعتراض وقد أوضحنا بطلانه والمخيلة العظمى في ظهور قياس المعنى امتناع المعارضة المحوجة إلى الترجيح.

فإن عارضوا القصاص في الطرف بقطع السرقة وشبهوا الاشتراك في قطع اليد بالاشتراك في سرقة نصاب لم يكن ما جاءوا به مأخوذا من قاعدة القصاص.

ونحن لم نعن بامتناع المعارضة انسداد المسالك البعيدة وإنما المعارضة الحاقة ما ينشأ من وضع الكلام ولا شك [في] أن قطع السرقة بعيد في أصله وتفصيله عن القصاص فإن الأصل المعتبر في قطع السرقة أخذ مال غير تافه على الاختفاء من حرز مثله والغرض بشرع القطع ردع السارق عن تناول المال والنفيس وفي النفس مزجرة عن ركوب الأخطار بسبب التافه.

وهذا المعنى يوجب نفي القطع عن الشركاء فإن كل واحد منهم على حصته من المسروق وذلك المقدار لا حاجة إلى إثبات رادع عنه.

---

(١) البرهان في أصول الفقه. ط العلمية- عويضة، ١٥٠/٢

وهذا لا يتحقق في القصاص أصلا [فيما نحن فيه] فإن معتمده الصون وتمهيد العصمة وليس في قاعدته انقسام إلى التافه والنفيس وخروج كل جان عن الاستقلال بكل الجناية لا يسقط القصاص عنه إذ لو قيل به لخرم قاعدة الصون على أنه محقق في النفس كما سبق.

١٢٧٠- وإذا لم تكن المعارضة على حقها في منشأ الاجتهاد لم ينتظم فرق." [(١)]

" على أقتضاء الإيجاب وحمل الأخرى على الاستحباب

٩٣٤ – فأما ما أشرنا إليه من تشبيه هذا الضرب على رأي مالك (بالطهارات فهو) يصلح لعقد المذهب وإلا فقد مهدنا أن القياس لا يجرى في محاولة تأصيل الأصول على هذا الوجه وإنما يجري (طرف) من التشبيه في (جزيئات) النوع من غير خروج عنه وأما التعلق بالظاهر فأوجه ولكن الشافعي لم يعتمد في ايجاب الإيتاء مجرد الظاهر لكن عول على سير الصحابة رضي الله عنهم وما كان منهم ونقل آثارا مطابقة لمعتقده وضم إليه أن الكتابة يتضمنها إرفاق من كل وجه والإيتاء منه وقد رآه الأولون على الاطراد يتضمنها والتبرعات لا تطرد سيما في الأموال والكتابة تلزم في حق السيد ومن متضمنها الرفق المنقول وما تقرر يلزم شيئا إذا صح لم يلزم الإقدام عليه على أن لا أرى مذهب الشافعي مسألة أضيق (مسلكا) من الإيتاء

٩٣٥ – ونحن نقول وراء ذلك أما مالك فسوى بين الكتابة وبين باب الطهارات في إثبات إيجاب الأصل ولاح على أصله (إجراء) قسم الكتابة في وضع الشرع على باب الطهارات (باحتمال) أمور خارجة عن أقيسة المعاوضات فيها والشافعي لم يوجب الكتابة وقال للشرع تعبد في الإيجاب متبع وإن لم يكن منقاسا كإيجاب الطهارة وإن لم تجب النظافة وللشارع أحكام في رفع حجره وإطلاق حجر القياس اطراده كما جرى في الكتابة فكان احتمال الشرع لهذا في الكتابة **على خلاف القياس** (مضاهيا لإيجاب الشرع الطهارة **على خلاف القياس**) ." [(٢)]

" ١٢٦٨ – والوجه الثاني مما يقتضي الظن الخصم أن ما ذكرناه من الجمع في حكمه القصاص ينقضه تمييز فعل أحد الشريكين في القطع عن فعل الشريك الثاني فإذا كان كذلك فهو ممكن غير عسير

---

(١) البرهان في أصول الفقه. ط العلمية- عويضة، ٣٣١/٢

(٢) البرهان في أصول الفقه. ط الوفاء- الديب، ٦١٧/٢

ثم لا قصاص على واحد منهما وهذا إن سلم فهو لعمرى قادح في الجمع وقد صح فيه منع كما يعرف الفقهاء

١٢٦٩ - والوجه الثالث أن الطرف مما يقبل التبعيض فيصور الخصم أن القطع الواقع على صورة الشركة يحمل على وقوعه على التبعيض إذا كان المجني عليه قابلا للتبعيض وهذا زلل فإن إمكان تصوير ما يسقط القصاص لا يدرؤه إذا لم يكن وكان بدله ما يشابه الأشتراك في الروح فلو توجهت هذه الجهات وبعد القول في الأصل بعض البعد كان ذلك دون المرتبة الأولى المستندة إلى العلم (والقطع) فهذا واضح جدا ومن حكم وضوحه أنه لا يثبت له معارض إذ لو قدر له معارض لكان ناشئا من تقدير شبهة توجب المحافظة على حكمة العصمة في حق الجاني ومآخذ الشبهات ما يشير إليه المعاذير ولا عذر للجاني وإن حاول الخصم تسبيب المعارضه في جهه أن واحدا لم يقطع اليد بطل ذلك عليه بالنفس ولو رجع وزعم أن القصاص على الشركاء **على خلاف القياس** كان ذلك روم اعتراض وقد أوضحنا بطلانه ." (١)

"قوله بما يستحسنه] أى يستحسنه المجتهد بعقله (قوله تخصيص العلة الخ) وهو المعبر عنه بالنقض (قوله تخصيص العلة) أى علة القياس الجلى (قوله بمعنى) أى بدليل يوجب تخصيصها من نص الكتاب أو السنة والإجماع **على خلاف القياس** الجلى (قوله بعض الجملة) أى جملة العلة (قوله بدليل يخصها) أى من قياس خفى أو نص أو اجماع جاء على خلاف الجلى وهذا بمعنى الأول (قوله هو قول بأقوى الدليلين) قريب من تفسير اللب فإنه عدول من قياس الى قياس أقوى فهذا لاخلاف فيه لأن أقوى الدليلين مقدم على غيره قطعا (قوله هذا الدليل) أى الدليل الأقوى من القياس الجلى (قوله لأنه غرر) أى وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر. ولأن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم (قوله قدرا معلوما) أى من الزمان لأن ذلك اجارة وهى لابد لها من تعيين أجرة ومنفعتها (قوله استحسناه) أى جواز دخوله بلا أجرة معلومة وتعيين زمان الجلوس فيه (قوله بالدخول فى الصلاة) أى بالتحرم بها اعتبارا فيه بالصوم (قوله لايحنث) أى بالتحرم بها (قوله بأكثر الركعة) المراد بأكثر الركعة الركعة بتمامها وتمامها بالسجدة (قوله لايعتد به) اى لأن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة فإذا لم يؤت بجميعها لاتسمى صلاة والركعة اشتملت على الأركان كلها وبعدها تكرار بخلاف الصوم لأن الإمساك ركن واحد (قوله فهو) أى الدخول فى الصلاة (قوله للحرمة) أى الحاصلة بهذا القول (قوله قياس) أى والمقيس عليه تحريم المباح

(١) البرهان في أصول الفقه. ط الوفاء- الديب، ٧٩١/٢

(قوله والإستدلال) أى بدلالة النصوص وهو المسمى عندنا بمفهوم الموافقة (قوله فى نفسه) أى نفس المجتهد (قوله من غير دليل) أى شرعى (قوله فى ذلك) أى وهو المسمى عندنا بالنقض (قوله وإن كان) أى الإستحسان (قوله فهذا) أى الإستحسان بهذا المعنى (قوله أحد) أى منا ومنهم (قوله ويحصل الخلاف الخ) وأما استحسان الشافعى التحليف بالمصحف فليس.." (١)

"ثم قال: ولو أعتق جارية من رقيقه، ثم نسيها ومات لم يجز للقاضي التحري ولا بقوله للورثة: أعتقوا أيتهن شئتم، أو أعتقوا التي أكبر ظنكم أنها حرة ولكنه يسألهم، فإن زعموا أن الميت أعتق هذه بعينها

١٨٦= أعتقها واستحلفهم على عملهم في الباقيات فإن لم يعرفوا من ذلك شيئا أعتقهن كلهن

١٨٧= وأسقط عنهن قيمة إحداهن وسعين فيما بقي

وأقول: ليس المراد الضرورة مطلقا بل ما سوى ضرورة النكاح؛ لأجل/( ) بقاء النسل فلا مخالفة؛ لأن ما في « كشف الأسرار »: بالنظر إلى الأصل يعني أن حل النكاح **على خلاف القياس** لضرورة التوالد/( ) والتناسل، والضرورة في كلام «الكافي» بمعنى الاضرار والاحتياج ومعناه: أن النكاح لا يحل مع الاضطرار إليه؛ حيث كان فيه جهة حرمة كذا لبعض "الأفاضل".

١٨٦= قوله: أعتقها واستحلفهم. أي حكم بعتقها "حموي"( ).

١٨٧= قوله: وأسقط عنهن [قيمة إحداهن. قيل عليه: لا يخفى ما فيه وينبغي أن يقال: أسقط عنهن ربع]( ) قيمتهن؛ لأن القيمة تختلف، ولا يجوز تعيين( ) قيمة إحداهن بعينها اهـ.

وخرج عن هذا الأصل مسألة في فتاوى قاضي خان: صبية أرضعها قوم ١٨٨= ولم يعرفوا المعتقة.

أقول( ): فيه أنه إنما يتم ما ذكره أن لو كان الرقيق/( ) أربعة، وأما إذا كان أزيد من ذلك أو أنقص فلا، و"المصنف" لم يفرض المسألة في الأربعة بل فيما [هو]( ) أعم من ذلك "حموي"( ).." (٢)

"(٣) قوله كالكذب للإصلاح بين الناس في البزازية يجوز الكذب في ثلاثة مواضع في الإصلاح بين الناس وفي الحرب ومع امرأته قال في الذخيرة أراد بها المعاريض لا الكذب الخالص ومثله في أواخر الحيل عن المبسوط والمعاريض أن يتكلم الرجل بكلمة يظهر من نفسه شيئا ومراده شيء آخر كما في شرح الشرعة

---

(١) البيان الملمع عن ألفاظ اللمع للحاجيني، ص/٢٥٣

(٢) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ١٠٥/١

(٣) ٢٩٣

عن البستان وفي بعض المعتبرات ومن الكذب الذي لا يوجب الفسق ما جرت به العادة في المبالغة كقوله قلت لك كذا مائة مرة لا يراد به تعميم المرات بعددها بل تفهيم المبالغة فإن لم يكن قال له إلا مرة واحدة كان كذبا وإن قال مرات يعتاد مثلها في الكثرة فلا يأثم وإن لم تبلغ المائة وفي مجمع الفتاوى أن الكذب يباح لإحياء حقه ولدفع الظلم عن نفسه كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل فإذا أصبح يشهد ويقول علمت الآن وكذا الصغيرة تبلغ في جوف الليل وتختار نفسها من الزوج وتقول رأيت الدم الآن انتهى وفي شرح العيني للبخاري في باب شراء المملوك من الحربي في حديث قتيبة عن الليث بن سعد ما نصه وفيه أي الحديث الحيل في التخليص من الظلمة بل إذا علم أنه لا يتخلص إلا بالكذب جاز له الكذب الصريح وقد يجب في بعض الصور بالاتفاق ككونه ينجي نبيا أو وليا ممن يريد قتله أو لنجاة المسلمين من عدوهم وقال الفقهاء لو طلب ظالم وديعة لإنسان ليأخذها غصبا وجب عليه الإنكار والكذب في أنه لا يعلم موضعها انتهى فليحفظ قوله جوزت الإجارة **على خلاف القياس** وذلك لأن المعقود عليه فيها §." (١)

"(٢) وهو المنافع معدوم فالقياس البطلان لذلك قوله جوز **على خلاف القياس** لأن الضمان على البائع فيصير كفيلا ومكفولا عنه وبه يظهر أنه لو ضمنه غير البائع لم يكن مخالفا للقياس لانتفاء العلة في حقه قوله يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح وذلك نحو أن يقترض عشرة دنانير مثلا ويجعل لربها شيئا معلوما في كل يوم ربحا §." (٣)

"(٤) قوله سكوته عند بيع زوجته إلخ قيد بالبيع لأنه لو كان مكانه عارية أو إجارة أو رهن لا يكون إقرارا إجماعا لأنه لم يستثن فيكون داخلا في القاعدة ولأنه في البيع **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه غيره ولأن الإنسان قد يرضى بالانتفاع بملكه ولا يرضى بخروجه عنه ولم يذكر سكوتها عند بيع زوجها وفي الخانية في باب ما يبطل الدعوى إذا باع الرجل شيئا بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك أنه لها قيل لا تسمع دعواها والصحيح أنه تسمع لكن في البزازية جعل الفتوى على عدم سماع الدعوى في القريب والزوجة وقد وقع الاستفتاء عن غير القريب والزوج والزوجة ولم نر تصريحا في ذلك قوله رآه يبيع أرضا أو

---

(١) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ١/٢٩٣

(٢) ٢٩٤

(٣) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ١/٢٩٤

(٤) ٤٤٣

دارا إلخ هذا الفرع فيه عما قبله زيادة تصرف المشتري بعد الشراء زمانا وهو ساكت فهو قيد في الأجنبي لا في الزوجة والقريب كما يفهمه إطلاقه وهو مصرح به في متن تنوير الأبصار وكما أفتى به شيخ الإسلام شهاب الدين الحلبي وهي في فتاواه في كتاب البيوع وقد قال بعض الفضلاء إن أراد المصنف رحمه الله بقوله رآه أنه رأى قريبه فهي عين السابقة بلا واسطة وإن أراد أنه رأى أجنبيا يبيع شيئا في يده فسكت ففي كون سكوته رضا مسقطا لدعواه نظر والمحفوظ خلافه وكون السكوت رضى مقيد ببيع القريب فليتأمل قوله أحد شريكي العنان قال لآخر إلخ إنما قيد بالعنان لأنها لو كانت مفاوضة لم يكن الحكم كذلك فقد ذكر ابن الشحنة أن أحد شريكي المفاوضة إذا قال ﴿.". (١)

"(٢) قوله رأى صائما يأكل ناسيا يخبره إلخ في الخانية قبيل الفصل الرابع هل عليه أن يخبره بذلك قالوا إن كان شابا يقدر على الإتمام يخبره يعني وجوبا وإن كان شيخا ضعيفا لا يخبره لأن الشيخ لا يقدر على الإتمام فيتركه حتى يأكل ثم يخبره انتهى وفيها النائم إذا شرب فسد صومه وليس هو كالناسي لأن النائم ذاهب العقل إذا ذبح لم تؤكل ذبيحته وتؤكل ذبيحة من نسي التسمية انتهى أقول هذا التعليل غير مؤثر فيما ذكر من الفرق إذ المفسد وجد في كل منهما لا عن قصد والحق أن يقال إن حكم الناسي ثبت **على خلاف القياس** بالأثر فلا يقاس عليه غيره ثم إن ظاهر كلام قاضي خان أن شرب النائم مفسد اتفاقا وليس كذلك بل خالف في ذلك زفر وقال لا يفسد صومه قياسا على الناسي كما في شرح المجمع الملكي قيد بالناسي لأنه لو كان مخطئا أو مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رحمه الله وحقيقة الخطأ أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجنابة أو المضمضة تسري إلى الحلق والفرق بين صورة الخطأ والنسيان هنا أن المخطئ ذاكر للصوم غير قاصد للشرب والناسي عكسه كذا في البيانية وقد يكون غير ذاكر للصوم وغير قاصد للشرب لكنه في حكم الناسي هنا كما في النهاية والمؤاخذة بالخطأ جائزة عندك خلافا للمعتزلة قوله المسافر يعطي صدقة فطره عن نفسه إلخ قد اختلف الترجيح في هذه المسألة فقيل المعتبر مكان الرأس المخرج عنه في الصحيح مراعاة لإيجاب الحكم في محل وجود سببه كذا في الفتح وصحح في المحيط أنه يؤدي حيث هو ولا يعتبر مكان الرأس لأن الواجب في ذمة المولى حتى لو هلك العد لم تسقط عنه

(١) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ١/٤٤٣

(٢) ٧٦

وفي المبسوط ما يوافق تصحيح المحيط فكان هو المذهب قال في المضمرات وعليه الفتوى وأما في زكاة المال فالمعتبر الذي هو فيه في الروايات كلها ﴾." (١)

"(٢) صريحا وتارة يثبت دلالة والدلالة نوعان دلالة لفظية ودلالة حالية فالدلالة اللفظية نحو ما إذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بحال حياة المحلوف عليه والدلالة الحالية مثل ما تقدم من قوله اجلس تغد عندي فيقول إن تغديت فعبدي حر قوله ومنه إلخ أي مما حمل على الفور بقرينة قوله طلب جماعها فأبت إلخ في التجنيس والمزيد رجل أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال لها إن لم تدخلي معي البيت فأنت طالقة فلم تدخل في ذلك الوقت ودخلت في وقت آخر إن دخلت بعد ما سكنت شهوته وقع عليها الطلاق لأن شرط الحنث عدم الدخول لقضاء تلك الشهوة منها وقد تحقق عدم الدخول لقضاء تلك الشهوة قوله ومنه طلقني إلخ مما حمل على الفور بقرينة قولها لزوجها طلقني فقال لها إن لم أطلقك أي فورا فأنت طالق فإذا لم يطلقها فورا حنث لأن شرط الحنث عدم طلاقها فورا وإن طلقها فورا لم يحنث وكان طلاقا منجزا هكذا يجب أن يفهم هذا المحل قوله علقه على زناه إلخ أي الطلاق وقع ولا يحد كما في الخانية قيل ظاهره ولو أقر مرة واحدة مع أنه لا يثبت بإقراره في حق الحد إلا بالإقرار أربع مرات في أربع مجالس يعني وقياسه في حق الطلاق أن لا يؤاخذ به إلا بالإقرار أربع مرات ويجاب بأن توقف الثبوت بالإقرار على تكرره في حق الحد ثبت **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه مؤاخذته بالطلاق لكن يرد حينئذ عدم وقوع الطلاق بشهادة اثنين بالمعاينة لأن التوقف على شهادة الأربعة في حق الحد **على خلاف القياس** فلا يتعدى إلى الثبوت في حق الطلاق ولكنه توقف في حقه أيضا كما ترى ﴾." (٣)

" ٤٠ - ولبس الحرير للحكة ، والقتال وبيع الموصوف في الذمة كالسلم ، جوز **على خلاف القياس** دفعا لحاجة المفاليس والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة والأنموذج ومشروعية خيار الشرط للمشتري دفعا للندم S(٤٠) قوله : ولبس الحرير للحكة ، والقتال سيأتي في كتاب الحظر ، والإباحة أنه لا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب ، وقد ذكر الزيلعي في كتاب الكراهة أن النبي صلى الله عليه وسلم خص عبد الرحمن

---

(١) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ٧٦/٢

(٢) ١٣٣

(٣) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ١٣٣/٢

بن عوف والزبير بذلك (انتهى) .

يعني فلا يجوز لبس الحرير الخالص لغيرهما." (١)

"السادسة الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت أو خاصة ، ولهذا ٥٢ – جوزت الإجارة على خلاف القياس للحاجة وكذا قلنا لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت لاتحاد جنس المنفعة فلا حاجة بخلاف ما إذا اختلف ، ومنها ضمان الدرك ٥٣ – : جوز على خلاف القياس .

ومن ذلك جواز السلم على خلاف القياس ؛ لكونه بيع المعدوم دفعا لحاجة المفاليس ، ومنها جواز الاستصناع للحاجة ، ودخول الحمام مع جهالة مكثه فيها وما يستعمله من مائها ، وشربة السقاء ، ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى وهكذا بمصر وقد سموه بيع الأمانة ، والشافعية يسمونه الرهن المعاد ، وهكذا سماه به في الملتقط وقد ذكرناه في شرح الكنز من باب خيار الشرط .

وفي القنية والبغية ٥٤ – يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح (انتهى)

S(٥٢) قوله : جوزت الإجارة على خلاف القياس ؛ وذلك لأن المعقود عليه فيها وهو المنافع معدوم فالقيـاس البطلان لذلك (٥٣) قوله : جوز على خلاف القياس ؛ لأن الضمان على البائع فيصير كفيلا ومكفولا عنه .

وبه يظهر أنه لو ضمنه غير البائع لم يكن مخالفا للقياس ؛ لانتفاء العلة في حقه (٥٤) .

قوله : يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح ، وذلك نحو أن يقترض عشرة دنانير مثلا ، ويجعل لربها شيئا معلوما في كل يوم ربحا." (٢)

"الرابعة والعشرون : سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا إقرار بأنه ليس له ، على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى ، فينظر المفتي فيه .

Sقوله : سكوته عند بيع زوجته إلخ .

قيد بالبيع لأنه لو كان مكانه عارية أو إجارة أو رهن لا يكون إقرارا إجماعا لأنه لم يستثن فيكون داخلا في القاعدة ؛ ولأنه في البيع على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ، ولأن الإنسان قد يرضى بالانتفاع بملكه ولا يرضى بخروجه عنه ولم يذكر سكوتها عند بيع زوجها .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢/٥٠

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٢/١٢٢

وفي الخانية في باب ما يبطل الدعوى إذا باع الرجل شيئا بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك أنه لها قيل لا تسمع دعواها ، والصحيح أنه تسمع لكن في البزازية جعل الفتوى على عدم سماع الدعوى في القريب والزوجة ، وقد وقع الاستفتاء عن غير القريب والزوج والزوجة ولم نر تصريحا في ذلك .." (١)

"رأى صائما يأكل ناسيا يخبره إلا إذا كان يضعف عنه

Sقوله : رأى صائما يأكل ناسيا يخبره إلخ .

في الخانية قبيل الفصل الرابع : هل عليه أن يخبره بذلك ؟ قالوا : إن كان شابا يقدر على الإتمام يخبره ، يعني وجوبا ، وإن كان شيخا ضعيفا لا يخبره ، لأن الشيخ لا يقدر على الإتمام فيتركه حتى يأكل ثم يخبره (انتهى) .

وفيها النائم إذا شرب فسد صومه ، وليس هو كالناسي ، لأن النائم ذاهب العقل إذا ذبح لم تؤكل ذبيحته وتؤكل ذبيحة من نسي التسمية (انتهى) .

أقول : هذا التعليل غير مؤثر فيما ذكر من الفرق إذ المفسد وجد في كل منهما لا عن قصد ، والحق أن يقال : إن حكم الناسي ثبت **على خلاف القياس** بالأثر فلا يقاس عليه غيره ، ثم إن ظاهر كلام قاضي خان أن شرب النائم مفسد اتفاقا وليس كذلك بل خالف في ذلك زفر .

وقال : لا يفسد صومه قياسا على الناسي ، كما في شرح المجمع الملكي ، قيد بالناسي لأنه لو كان مخطئا أو مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رحمه الله .

وحقيقة الخطأ أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجناية أو المضمضة تسري إلى الحلق والفرق بين صورة الخطأ والنسيان هنا أن المخطئ ذاكر للصوم غير قاصد للشرب ، والناسي عكسه كذا في البيانية وقد يكون غير ذاكر للصوم وغير قاصد للشرب لكنه في حكم الناسي هنا كما في النهاية والمؤاخذة بالخطأ جائزة عندك خلافا للمعتزلة." (٢)

"٥٤ – علقه على زناه فشهدا على إقراره به وقع ، وإن على المعاينة لا ، كما لو شهد أربعة به فعدل منهم اثنان

S(٥٤) قوله : علقه على زناه إلخ .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٤٢٩/٢

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ١٧٩/٣

أي الطلاق وقع ولا يحد كما في الخانية قيل : ظاهره ولو أقر مرة واحدة مع أنه لا يثبت بإقراره في حق الحد إلا بالإقرار أربع مرات في أربع مجالس .

يعني وقياسه في حق الطلاق أن لا يؤاخذ به إلا بالإقرار أربع مرات ويجاب بأن توقف الثبوت بالإقرار على تكرره في حق الحد .

ثبت **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه مؤاخذته بالطلاق لكن يرد حينئذ عدم وقوع الطلاق بشهادة اثنين بالمعاينة ؛ لأن التوقف على شهادة الأربعة في حق الحد **على خلاف القياس** فلا يتعدى إلى الثبوت في حق الطلاق ولكنه توقف في حقه أيضا كما ترى." (١)

"ص -١٥٦-...لا تجبر بأمثالها ولا تختلف جوابرها باختلاف الأوصاف في الحسن والقبح والفضائل والرذائل، وإنما تختلف باختلاف الأديان والذكورة والأنوثة: فيجبر المسلم بمائة من الإبل والمسلمة بخمسين من الإبل، ويجبر اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم، وتجبر اليهودية والنصرانية بسدس دية المسلم، ويجبر المجوسي بثمانمائة درهم والمجوسية بأربعمائة درهم ولا عبرة في جبر الأموال بالأديان فيجبر العبد المجوسي الذي يساوي ألفا بألف، ويجبر العبد المسلم الذي يساوي مائة بمائة، لأن المجبور هو المالية دون الأديان.

وأما الجراح فضربان: أحدهما ما يصل إلى العظام في الوجه أو الرأس وأرشه مقدر لا يزيد ولا ينقص بسبب طوله ولا قصره ولا ضيقه ولا اتساعه وهذا بخلاف الأموال.

الضرب الثاني: ما تجب فيه الحكومة من الجراح وهو على قياس الإتلاف يجبر بأرش النقص من المجني عليه لو كان عبدا سليما ومجنيا عليه وبحسب ما بينهما ولكن بالنسبة إلى الدية دون القيمة. وأما أعضاء بني آدم فإنها تجبر بالدية تارة وبمقدر ينسب إلى الدية تارة، ولو وقع مثله في الدواب لم يجبر بمقدر وجبر بما ينقص من قيمة السالم من الجناية. ولو وجب في الإنسان ديات ثم مات بسرايتها لعادت الديات إلى دية واحدة، ولو فرض مثل ذلك في أعضاء الحيوان ثم مات بالسراية لجبر بقيمته يوم موته ولم يسقط شيئا من أروش أعضائه، لأن الغالب على جنايات الأناس التعبد الذي لا يوقف على معناه، والحكومات وإن كانت على وفق القياس من وجه فهي **على خلاف القياس** من جهة نسبتها إلى الديات. وقد سوى الشرع بين أرش إبهام اليد اليمنى وخنصرها مع ما بينهما من التفاوت في المنفعة، وكذلك سوى بين أرش إبهام

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ٣/٣٠٧

الرجل اليمنى وخنصرها مع التفاوت الظاهر، وكذلك سوى بين أرش أصابع اليدين وأرش أصابع الرجلين مع بقاء معظم منافع الرجلين وفوات معظم منافع اليدين، وأعظم من." [1]

"٢٧١ قاعدة لا يجوز مخالفة الإجماع (سير)

قواعد الفقه ج:١ ص:١١٠

٢٧٢ قاعدة لا يحلف على حق مجهول (شن)

٢٧٣ قاعدة لا يزيد البعض على الكل إلا في مسألة الظهار (شن)

٢٧٤ قاعدة لا يصح توكيل مجهول (شن)

٢٧٥ قاعدة لا يصح رجوع القاضي عن قضائه إذا كان مع شرائط الصحة (شن)

٢٧٦ قاعدة لا يعتمد على الخط ولا يعمل به لان الخط يشبه الخط (شن)

قواعد الفقه ج:١ ص:١١١

٢٧٧ قاعدة لا يعتبر الاتفاق على الحكم عند الاختلاف في السبب (سير)

٢٧٨ قاعدة لا يفتى بكفر مسلم مهما أمكن (در)

٢٧٩ قاعدة لا يقاس المنصوص على المنصوص (سير)

قواعد الفقه ج:١ ص:١١٢

٢٨٠ قاعدة لا يقدم أحد في التزاحم على الحقوق إلا بمرجح (شن)

٢٨١ قاعدة لا ينبغي الحكم على الموهوم خصوصا فيما يجب فيه الأخذ بالاحتياط (سير)

٢٨٢ قاعدة لا ينسب إلى ساكت قول لكنه في معرض الحاجة بيان (مج شن)

٢٨٣ قاعدة لا ينفذ القضاء ما إذا قضى بشيء مخالف للإجماع (شن)

٢٨٤ قاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان (مج)

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ١/٢٠٢

قواعد الفقه ج:١ ص:١١٣

٢٨٥ قاعدة ما اجتمع محرم ومبيح إلا غلب المحرم (شن)

٢٨٦ قاعدة ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل بخلافه (مج)

٢٨٧ قاعدة ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين (شن)

٢٨٨ قاعدة ما ثبت **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس عليه (مج)

٢٨٩ قاعدة ما ثبت يكون باقيا ما لم يوجد الدليل المزيل (سير)

قواعد الفقه ج:١ ص:١١٤

٢٩٠ قاعدة ما جاء لعذر بطل بزواله (مج)

٢٩١ قاعدة ما حرم أخذه حرم إعطاؤه (شن)

٢٩٢ قاعدة ما حرم فعله حرم طلبه (شن)

٢٩٣ قاعدة ما حصل بسبب خبيث فالسبيل رده (سير)

٢٩٤ قاعدة ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن (سير)

قواعد الفقه ج:١ ص:١١٥

٢٩٥ قاعدة ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض (شن)

٢٩٦ قاعدة ما كان ثابتا فإنه يبقى ببقاء بعض أثاره ولا يرتفع إلا باعتراض معنى هو مثله (سير)." [١]

"بأنه ينفصل في المالية الوجوب عن وجوب الأداء فينعقد السبب وإن لم يجب الأداء بخلاف البدنية باطل ؛ لأن الحق الواجب لله تعالى على العباد هو العبادة ، وهو فعل يباشره العبد بخلاف هو نفسه ابتغاء لمرضاة الله تعالى فالمال لا يكون مقصودا في ذلك بل آلة يتأدى بها الواجب بمنزلة منافع البدن فتصير الحقوق المالية كالبدنية في أن المقصود بالوجوب هو الأداء ، وأن تعليق وجوب الأداء بالشرط يمنع تمام السببية فيهما جميعا ، وإنما جازت النيابة في المالية لحصول المقصود ، وهو المشقة ، ومخالفة هوى النفس بخلافه في البدنية ، وسيجيء في باب الأمر أن الوجوب ينفصل عن وجوب الأداء في البدنية ،

(١) قواعد الفقه ـ للبركتي، ص/٢٣

وإنما قال : في حقوق الله تعالى ؛ لأن المال هو المقصود في حقوق العباد إذ به ينتفع الإنسان ، ويندفع الخسران .

(قوله وتبين الفرق) لما جعل الشافعي رحمه الله تعالى التعليق بالشرط بمنزلة التأجيل ، وشرط الخيار في أنه لا يمنع السبب عن (الانعقاد) وإنما يؤخر الحكم فقط أشار إلى الفرق بأن التأجيل إنما دخل على الثمن فيفيد تأخير لزوم المطالبة ، ولا معنى لمنعه السبب عن الانعقاد والملك عن الثبوت إذ لا جهة لتأثير الشيء فيما لم يدخل فيه ، وشرط الخيار دخل في الحكم فقط ؛ لأنه ثبت **على خلاف القياس** لضرورة دفع الغبن ، والضرورة تندفع بدخوله في مجرد الحكم بأن ينعقد السبب ويتأخر الحكم لحصول المقصود بذلك حيث يمكن لصاحب الخيار فسخ البيع بدون رضا صاحبه ، ولا يجوز." (١)

"التصرف ، وهي راجعة إلى المنافع إذ بها إقامة المصالح ، وتقضية الحوائج لا بنفس الأموال .

(قوله تقومها في العقد ثبت بالرضى) منع لقوله ما ليس بمتقوم في نفسه لا يصير بورود العقد متقوما فإن قلت فيه تسليم لعدم صيرورته متقوما بالعقد بل بالرضى قلت لما اشتمل العقد على الرضى كان التقوم بالرضى تقوما بالعقد ؛ لأن تأثير الشيء في الشيء يجوز أن يكون بأحد أجزائه أو لوازمه (قوله : فلا يقاس عليه) أي لا يصح إثبات المقدمة القائلة بتقوم المنافع في الغصب بالقياس على تقومها في العقد ، ولا إثبات أصل المدعى ، وهو مقابلة المنافع في الغصب بالمال المتقوم بالقياس على مقابلتها به في العقد ، أما الأول ؛ فلأن الحكم في الأصل ثبت بالنص **على خلاف القياس** لانتفاء الإحراز فلا يصح مقيسا عليه ، وأما الثاني فلوجود الفارق ، وهو الرضى فإن له أثرا في إيجاب المال في مقابلة ما ليس بمال كما في الصلح عن دم العمد لا يقال : كل من المانعين موجود في كل من القياسين فما وجه تخصيص إبطال الأول بكون الأصل **على خلاف القياس** ، وإبطال الثاني بوجود الفارق ؛ لأنا نقول : الثابت **على خلاف القياس** هو تقوم ما ليس بمحرز لا مقابلة غير المال بالمال لتحقق الانتفاع المقصود ، وقضاء الحوائج في كل منهما ، والرضى إنما يؤثر في صحة استبدال ما ليس بمال بالمال لا في جعل ما ليس بمتقوم متقوما فيختص كل من القياسين بمانع .

(قوله هو) أي استيفاء القصاص معنى لا يعقل له مثل ، والمال ليس مثلا." (٢)

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ٨٠/٢

(٢) شرح التلويح على التوضيح، ١٦٧/٢

"له صورة ، وهو ظاهر ، ولا معنى ؛ لأن في استيفاء القصاص معنى الإحياء لما فيه من دفع شر القاتل ، ودفع هلاك أولياء المقتول على يده بناء على قيام العداوة ، وفي حياة أولياء المقتول ، وأبنائه حياة للمقتول ، وبقاء لذكره وهذا المعنى لا يوجد في المال ، وإنما ثبت في الخطأ **على خلاف القياس** ضرورة صيانة الدم المعصوم عن الهدر بالكلية." (١)

"الشافعي رحمه الله تعالى) لما كانت منافع العبد على ملكه من غير أن تصير مستحقة لله تعالى على العبد لزم تعيين نية الفرض لئلا يلزم الجبن في صفة العبادة بأن يكون إمساكه على قصد القربة للعبادة المفروضة شاء العبد أو أبى ، وتحقيق ذلك أن وصف العبادة أيضا عبادة ، ولهذا يختلف ثوابا فكما لا بد لصيرورة الفعل قربة من النية كذلك لا بد لصيرورة القربة فرضا أو نفلا منها احترازا عن الجبر ، وتعيين المحل إنما يكفي للتمييز لا لنفي الجبر وإثبات القصد ، وأما تأدي فرض الحج بدون التعيين فإنما ثبت **على خلاف القياس** ، فعلى هذا لا يتأدى فرض الصوم بنية التطوع أو واجب آخر أو مطلق النية ، ولو في الصحيح المقيم ، والجواب أنا نسلم وجوب التعيين إلا أنا لا نسلم أنه لا يحصل التعيين بإطلاق النية ، فإن الإطلاق في المتعين تعيين كما إذا كان في الدار زيد وحده ، وقلت يا إنسان تعين هو للإحضار وطلب الإقبال فكذا هاهنا لما لم يشرع في الوقت إلا الصوم الفرض ونويت مطلق الصوم تعين هو للإيجاد وطلب الحصول ، فإن قيل سلمنا ذلك في إطلاق النية لكن ينبغي أن لا يحصل بالخطأ في الوصف بأن ينوي النفل أو واجبا آخر كما لا يقال زيد باسم عمرو قلنا لما نوى الأصل والوصف ، والوقت قابل للأصل دون الوصف ، وليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل بل الأمر بالعكس اقتصر البطلان على الوصف ، وبقي إطلاق أصل الصوم فإن قلت الوصف هاهنا لازم ضرورة أن الصوم لا يوجد بدون وصف ،." (٢)

"العقوبات تثبت بدليل فيه شبهة ، وجوابه أن الثابت بدلالة النص قطعي بمعنى قطع الاحتمال الناشئ عن دليل كحرمة الضرب من قوله تعالى { فلا تقل لهما أف } والثابت بخبر الواحد ليس في هذه المرتبة (وعندنا لا لتمكن الشبهة في الدليل والحد يندرئ بها ، وإنما تثبت بالبينة بالنص) أي : كان القياس أن لا تثبت العقوبات كالحدود والقصاص بالبينة ؛ لأنها خبر الواحد فإن كل ما دون التواتر خبر الواحد فتكون البينة دليلا فيه شبهة والحد يندرئ بها لكن إنما تثبت العقوبات بالبينة بالنص **على خلاف القياس** ، فلا

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ١٦٨/٢

(٢) شرح التلويح على التوضيح، ٣٢١/٢

يقاس ثبوتها بحديث يرويه الواحد على ثبوتها بالبينة .

(وأما حقوق العباد فتثبت بحديث يرويه الواحد بالشرائط المذكورة ، وأما ثبوتها بخبر يكون في معنى الشهادة فما كان فيه إلزام محض لا يثبت إلا بلفظ الشهادة والولاية) ، فلا تقبل شهادة الصبي والعبد (والعدد عند الإمكان) حتى لا يشترط العدد في كل موضع لا يمكن فيه العدد عرفا كشهادة القابلة (مع سائر شرائط الرواية صيانة لحقوق العباد ؛ ولأن فيه معنى الإلزام فيحتاج إلى زيادة توكيد ، والشهادة بهلال الفطر من هذا القسم) أي : له حكم هذا القسم لما فيه من خوف التزوير والتلبيس (وما ليس في الإلزام كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا ، وما أشبه ذلك كالودائع والأمانات تثبت بأخبار الواحد بشرط التمييز دون العدالة فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر ؛ لأنه لا إلزام فيه وللضرورة اللازمة هنا) .

فإن في." (١)

"مانع عنه مع إمكان العشر ، وأما بقاء كما إذا ملك ذمي أرضا عشرية فعند محمد تبقى على العشر لأنه من مؤن الأرض ، والكافر أهل للمؤنة ، ومعنى القربة تابع فيسقط في حقه ، وعند أبي يوسف يضاعف العشر لأن الكفر مناف للقربة فلا بد من تغيير العشر ، والتضعيف تغيير للوصف فقط فيكون أسهل من إبطال العشر ووضع الخراج لما فيه من تغيير الأصل ، والوصف جميعا ، والتضعيف في حق الكافر مشروع في الجملة كصدقات بني تغلب ، وما يمر به الذمي على العاشر لا يقال فيه تضعيف للقربة ، والكفر ينافيها لأنا نقول : بعد التضعيف صار في حكم الخراج الذي هو من خواص الكفارة ، وخلا عن وصف القربة ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ينقلب العشر خراجا لأن العشر لم يشرع إلا بوصف القربة ، والكفر ينافيه فيسقط بسقوطه ، والتضعيف أمر ثبت بالإجماع **على خلاف القياس** في قوم معينين تعذر إيجاب الجزية أو الخراج عليهم خوفا من الفتنة لكثرتهم ، وقربهم من الروم فلا يصار إليه مع إمكان ما هو أصل في الكافر ، وهو الخراج .

(قوله : وحق قائم بنفسه) أي ثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة عبد يؤديه بطريق الطاعة كخمس الغنائم والمعادن فإن الجهاد حق الله تعالى إعزازا لدينه ، وإعلاء لكلمته فالمصاب به كله حق الله تعالى إلا أنه

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ٢/٣٨٠

جعل أربعة أخماس للغانمين امتنانا واستبقى الخمس حقا له لا حقا لزمنا أداؤه طاعة ، وكذا المعادن ، ولهذا جاز صرف خمس المغنم إلى الغانمين ، وإلى آبائهم ، وأولادهم." (١)

"(ومنها الحيض ، والنفاس وهما لا يعدمان الأهلية إلا أن الطهارة عندهما شرط للصلاة والصوم على ما مر) .

.S

(قوله : ومنها الحيض ، والنفاس) جعلهما معا أحد العوارض لاتحادهما صورة ، وحكما ، وهما لا يسقطان أهلية الوجوب ، ولا أهلية الأداء لبقاء الذمة ، والعقل ، وقدرة البدن إلا أنه ثبت بالنص أن الطهارة عنهما شرط للصلاة على وفق القياس لكونهما من الأحداث والأنجاس ، وللصوم **على خلاف القياس** لتأديه مع الحدث ، والنجاسة ، ثم في قضاء الصلاة حرج لدخولها في حد الكثرة فسقط وجوبها حتى لم يجب قضاؤها ، ولا حرج في قضاء الصوم ؛ لأن الحيض لا يستوعب الشهر ، والنفاس يندر فيه فلم يسقط إلا وجوب أدائه ، ولزوم القضاء ، وقد سبق ذلك في بحث الوقت." (٢)

"توصلا لإسقاط النفقة المتراكمة عن نفسه رد قصده عليه وحكم عليه بعدم سقوطها عنه وإن كان أبانها لا لهذا حكم بسقوطها (ر الدر المختار وحاشيته رد المحتار من النفقة)

وكما فوض إليه الاجتهاد في تقدير حبس المديون مدة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره

وفوضوا إليه الاجتهاد في تقدير تعزير المذنب بحسب ما يراه كافيا لزجره من حبس أو ضرب أو تعبيس في وجهه

وفوضوا إليه النظر والاجتهاد في بيع الأب والوصي عقار الصغير فإن رأى أن نقضه أصلح للصغير وأنفع فله نقضه (ر فيض المستفيض في مسائل التفويض للغزي)

وقد فوضوا أيضا للحاكم تحليف الشهود إذ رأى ذلك لفساد الزمان كما

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ٤٧٤/٣

(٢) شرح التلويح على التوضيح، ٦٩/٤

سيأتي في الكلام على المادة ٣٩ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان نقلا
عن معين الحكام
فيحتمل أنهم أرادوا بوضع هذه القاعدة هنا إيقاف اجتهادهم وقصره على
مثل هذا وأما فيما عداه مما لم يفوض إليهم وقد وقع فيه الخلاف **ف**لا مساغ
لاجتهادهم فيه بل الترجيح فيه تابع لترجيح المرجحين من علماء المذهب على
حسب ما هو مبسوط في رسم المفتي فليس للمفتي ولا للقاضي مخالفة

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:١٤٩
ما رجحوه باجتهاد منه ولو فعل لا يقبل منه لأنه اجتهاد في مورد النص
والنص لا مساغ للاجتهاد في مورده
وإذا صح ما ذكرناه يكون المراد بالنص ها هنا هو المنقول في كتب
المذهب لا ما سبق

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:١٥٠
(القاعدة الرابعة عشرة (المادة ١٥)
(ما ثبت **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس عليه)
(أولا _ الشرح)
ما ثبت من الأحكام بالنص الوارد **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس
عليه
القياس جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعلة واحدة
فيهما وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى ٢ فاعتبروا يا أولي الأبصار ٢ لأن الاعتبار
هو النظر في الثابت لأي معنى ثبت وإلحاق نظيره
به وهو القياس بعينه." (١)

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٨٤

"وشرط الاستدلال بالقياس عدم وجود النص في المقيس لأن القياس إنما يصار إليه ضرورة خلو الفرع عن حكم ثبت له بطريق التنصيص فإذا وجد التنصيص على الحكم فلا قياس

والاستدلال في بعض المسائل بالنص والقياس معا إنما هو لأجل أن الخصم إن طعن في النص بأنه منسوخ أو غير متواتر أو غير مشهور أو مؤول يبقى القياس سالما لا مطعن فيه لا لأنه دليل على تقدير سلامة النص من الطعن

وليس القياس عملا بالظن كما يقول البعض بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي والعمل بغالب الظن واجب وإن بقي معه ضرب احتمال

والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:١٥١

(ثانيا _ التطبيق)

قد ثبت **على خلاف القياس** أحكام كثيرة تفوق الحصر فيقتصر فيها على مورد النص ولا يقاس عليها غيرها

(أ) منها الحدود فقد ورد للسارق القطع فلا يقاس عليه النباش مثلا

(ب) ومنها الإجارة فإنها بيع المنافع وهي معدومة وبيع المعدوم باطل ولكن جوزت للضرورة وهي الحاجة إليها فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة (ر الفتاوى الخيرية في كتاب الوقف في أثناء جواب سؤال رفع إليه في استدانة المتولي نقلا عن البحر وغيره) فيقتصر فيها على موضع الحاجة ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه فلا يجوز إيجار متحدي المنفعة مقايضة كسكنى دار أو حانوت بسكنى نظيره لعدم الحاجة إليها

(ج) ومنها المزارعة والمساقاة فإن القياس عدم جوازهما لأنهما استئجار

للمزارع والمساقي ببعض الخارج من عملهما وهو منهي عنه ولكنهما جوزنا لورود الأثر فيهما فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل كعصر الزيتون والسمسم وغزل القطن بجزء من زيته أو شيرجه أو غزله مثلا

(د) ومنها التحالف فإنه ثبت في البيع **على خلاف القياس** إذا كان." [1]

"الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي (ر فتح القدير في باب شروط الصلاة)

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه مصلحة لأنها حينئذ وهم (ر ما سيأتي تحت القاعدة ٣٨)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢١٠

(ثانيا _ التطبيق)

مما فرع على هذه القاعدة

(أ) تجويز الإجارة فإنها جوزت بالنص **على خلاف القياس** للحاجة إليها وذلك لأن عقد الإجارة يرد على المنافع وهي معدومة وتمليك المعدوم قبل وجوده يستحيل ولا يمكن جعل العقد فيها مضافا إلى زمن وجود المنفعة لأن التمليكات لا تقبل الإضافة

(ب) ومنه تجويز السلم فإنه جوز بالنص أيضا **على خلاف القياس** للحاجة لأنه بيع المعدوم أيضا

(ج) ومنه تجويز ضمان الدرك فإنه جوز بالإجماع على خلاف القياس وذلك لأن الكفالة من جهة المطلوب وهو المكفول عنه بمنزلة الطلاق والعتاق لا تتوقف على قبوله ومن جهة الطالب وهو المكفول له بمنزلة البيع لأنها تملكه حق مطالبة الكفيل فتستدعي التنجيز كسائر التمليكات وضمان الدرك عبارة عن ضمان الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع فهو كفالة مضافة والقياس يأباها لأنها تمليك للطالب كما ذكرنا والتمليكات لا تقبل

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٨٥

الإضافة لكنها جوزت بالإجماع (ر الهداية من الكفالة) لمكان التعامل
وبقوله تعالى ٢ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ٢ على ما فيه من البحث
(د) ومنه تجويزهم استئجار السمسار على أنه له في كل مائة كذا فإن
القياس يمنعه ويوجب له أجر المثل ولكن جوزوه للتعامل (ر رد المحتار من
الإجارة الفاسدة نقلا عن التتارخانية عن محمد بن سلمة) وقال عقبه وكثير
من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس إليه
(هـ) ومنه تجويز استئجار الظئر للإرضاع على القول بأن العقد يرد
على اللبن والخدمة تثبت تبعا فإنه جوز للحاجة بالتعامل وبقوله سبحانه
٢ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ٢ وإلا فالقياس يأباه لأنه وارد على." (١)

"التزام المشتري تأجيل المبيع إلى انتهاء مدة الإجارة في المأجور أو إلى فكاك
الرهن في المرهون وتأجيل الأعيان باطل
وكذا خرج به حق الوكيل بالبيع في المطالبة بالثمن فإنه لا يسقط
بالإسقاط فيما يظهر لأن الموكل لا يملك شرعا هذه المطالبة لكون الشرع جعل
حقوق العقد عائدة أصالة للعاقد وإن لم يكن مالكا
وخرج به أيضا حق الزوجة فإنها لو رضيت بالخروج من وطنها الذي
نكحها فيه وسكنت معه في بلدة أخرى ثم امتنعت وأرادت العودة إلى وطنها
فإنها لا تمنع من العود إليه فيما يظهر لأن رضاها فيما مضى بإسقاط حقها
لا يوجب سقوطه فيما يأتي
وخرج به أيضا الدرك وهو حق رجوع المشتري بالثمن إذا ظهر المبيع
مستحقا ففي رد المحتار لو أبرأ المشتري البائع عن كل حق قبله دخلت
العيوب لا الدرك (ر رد المحتار ٦٧)
وخرج بقولنا وليس متعلقا بتملك عين الخ مثل حق الرجوع

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/١٢١

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢٦٩

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٢٦٧

في الهبة وحق المستحق في الوقف بعد بدو الغلة قبل حصولها في يد المتولي فإنهما لا يسقطان بالإسقاط ولا يرد حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة حيث إنه مثل الرجوع في الهبة متعلق بتملك عين مع أنه يسقط بالإسقاط لأنه غير متأكد فإن للإمام أن يقسمها بين الغانمين بل يقر أهلها عليها ويضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج

ولا يرد أيضا حق الموصى له بالمنفعة حيث إنه مثل المستعير تحدث المنفعة الموصى له بها شيئا فشيئا مع أنه لو أسقط حقه منها يسقط وذلك لأن الوصية واردة **على خلاف القياس** حتى إن ابن أبي ليلى قال إن الوصية بالمنفعة لا تصح أصلا لأنها تحدث على ملك الورثة لا على ملك المورث فلا يصح تمليكه لها

ولا يقال إن العارية واردة أيضا **على خلاف القياس** مع أنها لا تسقط بالإسقاط لأن الفرع إذا ورد **على خلاف القياس** لا يلزم أن يكون منطبقا على غيره مما ورد **على خلاف القياس** وإلا وجب أن يتشكل قياس آخر ولا قائل به." (١)

"والثاني كالقضاء والإمارة فإن كلا منهما يصح تعليقه بالملائم من الشروط كقول الرجل لابنه إن بلغت رشيدا فقد أذنت لك بالتجارة وكقول الحالف لزوجته كلما خرجت فقد أذنت لك (ر الدر المختار باب اليمين

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤١٦

بالدخول والخروج وحاشيته) وكقول بائع الثمر للمشتري بعد أن أذن له بأكل ما سيظهر من الثمر إذا خاف المشتري أن يرجع عن الإذن كلما رجعت عن الإذن فأنت مأذون بالأكل (ر الدر المختار وحاشيته باب ما يدخل في

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/١٥٤

البيع تبعا) لكن قد مشت المجلة في المادة ٢٠٧ على قول الحلواني في هذه المسألة من أن البيع صحيح في المعدوم تبعا للموجود وكقول الإمام إن شغرت الولاية الفلانية فقد وليتك إياها

ومما يصح تعليقه بالملائم الكفالة والإبراء كقوله إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن وقوله إن غاب المديون أو مات ولم يدع شيئا فأنا كفيله وقوله إن قدم فأنا كفيله وكقوله إن وافيت به غدا فأنت بريء

والثالث _ ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقا وهو المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال

وكذا التمليكات كالهبة ويستثنى الوصية إذا علقت بالموت فإنها تصح **على خلاف القياس**

كما يعلم جميع ذلك من تتبع باب ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به من الدر المختار وحاشيته

(تنبيه)

لا يخفى أنه إذا اختلف الزوجان في وجود شرط الطلاق المعلق وعدمه فالقول قول منكر وجود الشرط وهو الزوج والبينة بينة الزوجة على وجوده (ر الدر المختار من باب التعليق)

ولكن إذا ثبت وجود الشرط بالبينة فليس وقوع الطلاق مطردا في ذلك بل في المسألة تفصيل وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجود شرطه وثبت وجود الشرط بالبينة فلا كلام في وقوعه أي شيء كان الشرط أي سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه أو لا

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤١٧." [1]

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٥٧

"كبناء وتجصيص وجعل الخصاف كري النهر من ذلك بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها (ر الدر وحواشيه من باب ما يجوز من الإجارة)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣٠

(القاعدة الخامسة والثمانون (المادة ٨٦) (الأجر والضمان لا يجتمعان)

(أولا _ الشرح)

الأجر أي بدل المنفعة والضمان وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه لا يجتمعان إذا اتحدت جهتهما لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب ومنافع المغصوب غير مضمونة لأن المنافع معدومة وعند وجودها فهي أعراض غير باقية وإنما تقوم بعقد الإجارة **على خلاف القياس** لمكان الحاجة الضرورية إليها وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا بل يرتفع إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد لتنافي الحالتين

قيدنا بقولنا إذا اتحدت جهتهما ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما وذلك كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه وكانت تطيق حمل الاثنين فعطبت بعد بلوغ المقصد فعليه كل الأجر ويضمن نصف قيمتها وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان ولو كانت لا تطيق حمل الاثنين ضمن كل قيمتها (ر الدر المختار من الإجارة)

والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها لأنه حينئذ يعد غاصبا للكل من الابتداء كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم بر مثلا فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصبا وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣١

(ثانيا _ التطبيق)

ثم إن الصور الممكنة التي تدور عليها المادة المذكورة عشر وذلك لأن

التعدي الذي هو سبب الضمان إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها." [١]

"وقد امتاز هذا الكتاب بكثرة الأمثلة الفقهية على عدد من المسائل الأصولية(١)، وامتاز أيضا ببيان حكمة التشريع ومقاصد الشريعة(٢)، إضافة إلى حسن البيان وجمال الأسلوب، كما أن الكتاب جامع لكثير من الأحاديث النبوية والآثار المروية عن الصحابة والتابعين(٣)، وفيه نقول مطولة مهمة عن بعض الأئمة(٤).

فهو بذلك غاية في منهج أهل السنة والجماعة وعمدة في بيان طريقة السلف، والكتاب يحتاج إلى تخريج آثاره وفهرسة مباحثه ومطالبه، وحقيق بدراسة تبرز محاسنه وتفصح عن منهج مؤلفه ومصادره فيه ومقاصده منه(٥).

وفي هذه المرحلة أيضا ظهرت لبعض علماء أهل السنة مؤلفات أصولية إلا أنها على وجه العموم تأثرت بمنهج المتكلمين جملة.

وهذا التأثر يختلف من كتاب إلى آخر.

وفي المقابل فقد حافظت هذه المؤلفات في الجملة على منهج السلف، وهذه المحافظة أيضا تختلف من كتاب إلى آخر.

---

(١) انظر على سبيل المثال: "الأمثلة على رد السنن بظاهر القرآن" (٢/٣٢١ – ٣٢٩)، و"الأمثلة على رد المحكم بالمتشابه" (٢/٣٣٠، ٤٢٥).

(٢) مثال ذلك ما ذكره فيما يتعلق بما قيل فيه: إن الشارع جمع بين المختلفين أو فرق بين المتماثلين في الحكم، وفيما يتعلق بما قيل فيه من الأحكام: إنه يجري **على خلاف القياس**. انظر (٢/٧١، ١٧٥، ٣/٢، ٧٠)

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٦٧

(٣) انظر مثلا الأدلة التي أوردها من فعل الصحابة وغيرهم على حجية القياس (١/٢٠٢- ٢١٧).

(٤) وذلك كرسالة الإمام الليث إلى الإمام مالك (٣/٨٣ – ٨٨)، ورسالة الإمام أحمد في طاعة الرسول – صلى الله عليه وسلم – (٢/٢٩٠ – ٢٩٣).

(٥) صدرت مؤخرا طبعة بتحقيق الشيخ مشهور آل سلمان في سبعة مجلدات.." [١]

"فإذا علم ذلك وهو شمول النصوص للأحكام وتفاوت الناس في فهم النصوص:

– علم أولا بطلان قول من قال: "إن النصوص لا تفي بعشر معشار الشريعة"(١).

– وعلم ثانيا أن النصوص كافية ويستغنى بها عن القياس والرأي في كثير من المسائل. فمن ذلك(٢):

الاكتفاء بقوله تعالى: { والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما } [المائدة: ٣٨] عن إثبات قطع النباش بالقياس، إذ السارق يعم في لغة العرب وعرف الشارع سارق ثياب الأحياء والأموات.

والاكتفاء بقوله – صلى الله عليه وسلم –: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد»(٣) في إبطال كل عقد نهى الله ورسوله – صلى الله عليه وسلم – عنه وحرمه، وأنه لغو لا يعتد به.

– وعلم ثالثا مقدار هذه الشريعة، وجلال مكانتها، وسعتها، وهيمنتها، وشرفها على جميع الشرائع(٤).

– وعلم رابعا أن الرسول – صلى الله عليه وسلم – قد بين لأمته كل شيء من الدين(٥).

(الأصل الثالث: موافقة القياس الصحيح لنصوص الشريعة؛ إذ ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس**.

ومما يدل على ذلك:

١– أن القياس الصحيح من العدل، والنص الشرعي من العدل، فكلاهما عدل.

قال ابن تيمية: "وهو [أي القياس الصحيح] من العدل الذي بعث الله به رسوله"(٦).

٢– أن الشريعة لا تناقض فيها ولا تعارض بين شيء من أحكامها، والقياس الصحيح مما جاءت به الشريعة(٧).

---

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) انظر: "مجموع الفتاوى" (١٩/٢٨١ – ٢٨٥، ٢٨٩)، و"الاستقامة" لابن تيمية (١/٦ - ١٤)، و"إعلام الموقعين" (١/٣٥٠ – ٣٨٣).

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١/٣٧

(٣) رواه مسلم (١٢/١٦).

(٤) انظر: "إعلام الموقعين" (١/٣٥٠).

(٥) انظر المصدر السابق.

(٦) "مجموع الفتاوى" (٢٠/٥٠٥)، وانظر (١٩/١٧٦، ٢٨٨).

(٧) انظر: "مجموع الفتاوى" (٢٠/٥٢٦)، و"إعلام الموقعين" (١/٣٣، ٤/٣٧٣).." [١]

"٣- أن الشريعة جاءت بالجمع بين المتماثلات والتفريق بين المختلفات، والقياس من قبيل الجمع بين المتماثلين فيكون موافقا للشريعة(١).

ولابن تيمية رسالة نفيسة في بيان أنه ليس في الشريعة ما يخالف قياسا صحيحا(٢)، كما عقد ابن القيم في ذلك فصلا في كتابه القيم "إعلام الموقعين"، فقال: "فصل في بيان أنه ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس**......"(٣).

وبذلك يتضح:

* خطأ من عنون لتلك المسألة بقوله: "ما حكم العمل بخبر الواحد إذا خالف القياس؟".

لأن هذا العنوان مبني على تصور وقوع الاختلاف بين الخبر والقياس، وهذا غير صحيح.

* وأن من ادعى وقوع اختلاف بين الخبر والقياس فالجواب عليه أن يقال: لا يخلو الحال من أمرين:

الأمر الأول: عدم ثبوت هذا الخبر المخالف للقياس.

والأمر الثاني: فساد هذا القياس.

قال ابن تيمية: "...وليس من شرط القياس الصحيح المعتدل أن يعلم صحته كل أحد.

فمن رأى شيئا من الشريعة مخالفا للقياس فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، ليس مخالفا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر، وحيث علمنا أن النص جاء بخلاف قياس: علمنا قطعا أنه قياس فاسد.....فليس في الشريعة ما يخالف قياسا صحيحا، لكن فيها ما يخالف القياس الفاسد، وإن كان من الناس من لا يعلم فساده"(٤).

* وأن الخبر يقدم على القياس دائما إذا ظهر للمجتهد بينهما تعارض، يوضحه:

* أن القياس المخالف للنص قياس فاسد، لا يجوز المصير إليه ولا الأخذ به، وهذا هو القياس الذي ثبت

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١/١٨٢

عن السلف ذمه والمنع منه.

أما الأدلة على حجية القياس فمنها:

---

(١) انظر: "مجموع الفتاوى" (٥٠٤/٢٠، ٥٠٥، ١٧٦/١٩).

(٢) انظر: "مجموع الفتاوى" (٥٠٤/٢٠ - ٥٨٣).

(٣) "إعلام الموقعين" (٣/٢ - ٧٠).

(٤) "مجموع الفتاوى" (٥٠٥/٢٠).." [1]

"- وقد تكون العلة مطردة بمعنى أن يوجد الحكم كلما وجدت العلة، وقد تكون غير مطردة فتوجد العلة ويتخلف عنها الحكم(١).

(البحث الثاني: مذهب أهل السنة في التعليل:

يمكن بيان مذهب أهل السنة في الأسباب والحكمة والتعليل في القواعد الآتية:

- القاعدة الأولى: أن الله قادر على كل شيء، وأنه سبحانه له الإرادة التامة والمشيئة النافذة، فما شاء كان وما لم يشأ لم يكن، ولا يجوز أن يكون شيء من الأعمال خارجا عن قدرته ومشيئته.

وعلى ذلك أجمع الرسل والكتب المنزلة، وعليه دلت الفطرة التي فطر الله خلقه عليها، وهذا عموم التوحيد الذي لا يقوم إلا به، والمسلمون مجمعون على ذلك وخالفهم في ذلك من ليس منهم.

---

(١) تخلف الحكم مع وجود العلة إن كان بسبب معارضتها بعلة أخرى أو بسبب فوات شروطها يقدح في صحة العلة، بل إن العلة والحالة كذلك لا تعتبر موجودة، فلم يوجد الحكم لعدم وجود علته. أما إن كان تخلف الحكم عن علته بسبب نص شرعي كإيجاب الدية على العاقلة، فإنه من المعلوم أن جناية الشخص علة لوجوب الضمان عليه، فهذا ما يسمى بالمستثنى من قاعدة القياس، أو المعدول به عن سنن القياس، والصحيح أنه لا يوجد حكم **على خلاف القياس**. قال ابن تيمية: "وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء **على خلاف القياس** الصحيح، بل ما قيل: إنه **على خلاف القياس** فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها واقتضى مفارقته لها في الحكم. وإذا كان كذلك فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١٨٣/١

حكمه، وإلا كان من الأمور المفارقة له". "مجموع الفتاوى" (٥٥٦/٢٠)، والمقصود أن ينظر في العلة فما شاركها ألحق بها في الحكم سواء كان ذلك في العلة العامة التي قيل: إنها تجري على سنن القياس، أو في العلة الخاصة التي قيل: إنها **على خلاف القياس**.." (١)

"١٦- ثلاثة أصول معصومة: الكتاب والسنة وما اتفقت عليه الأمة:

(درء التعارض (٢٧٢/١ – ٢٧٩).

١٧- أصول العلم والدين: الكتاب والسنة والإجماع، والأمر باتباعها:

(مجموع الفتاوى (٤٩٨/٢٠ - ٥٠٣) .

١٨- وجوب الاعتصام بالكتاب والسنة:

(مجموع الفتاوى (٧٦/١٩ – ٩٢).

١٩- المتشابه في القرآن:

(المسودة (١٦٢ – ١٦٤).

٢٠- رسالة الإكليل في المتشابه والتأويل:

(مجموع الفتاوى (٢٧٠/١٣ – ٣١٣)، [تكرر في مجموعة الرسائل الكبرى (٥/٢ – ٣٦)].

٢١- المجاز في القرآن الكريم:

(مجموع الفتاوى (٨٧/٧ – ١١٦، ٤٠٠/٢٠ – ٤٩٧).

٢٢- نسخ القرآن بالسنة:

(مجموع الفتاوى (٣٩٧/٢٠ – ٣٩٩).

٢٣- الزيادة على النص:

(المسودة (٢٠٨ – ٢١٢).

٢٤- عصمة الأنبياء:

(مجموع الفتاوى (٢٨٩/١٠ – ٢٩٩).

٢٥- أنواع الخبر: ما يعلم صدقه، ما يعلم كذبه، ما لا يعلم صدقه ولا كذبه:

(الجواب الصحيح (٢٨٧/٤ – ٣٠٩).

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١٩١/١

٢٦- أقسام الحديث الصحيح:

(مجموع الفتاوى (١٦/١٨ – ٢٣).

٢٧- أفعال النبي – صلى الله عليه وسلم -:

(مجموع الفتاوى (٣٢٠/٢٢ – ٣٣١).

(المسودة (١٩١ – ١٩٢).

(اقتضاء الصراط المستقيم (٧٩٤/٢ – ٨٠٨).

٢٨- تركه – صلى الله عليه وسلم -:

(اقتضاء الصراط المستقيم (٥٩١/٢ – ٥٩٧).

٢٩- ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس:**

(مجموع الفتاوى (٥٠٤/٢٠ – ٥٨٣) [تكرر في مجموعة الرسائل الكبرى (٢٣٥/٢ – ٢٩١)].

٣٠- الرد على من قال: إن أبا هريرة – رضي الله عنه – لم يكن فقيها:

(مجموع الفتاوى (٥٣٢/٤ – ٥٣٩).

٣١- أنواع الإجماع، وحكم مخالفه، وهل هو قطعي أو ظني؟ ومسائل أخرى متعلقة بالإجماع:

(مجموع الفتاوى (١٩٢/١٩ – ٢٠٢، ٢٦٧ – ٢٧٢).

٣٢ – رسالة صحة مذهب أهل المدينة:

(مجموع الفتاوى (٢٩٤/٢٠ – ٣٩٦).

٣٣- كتاب نقد مراتب الإجماع لابن حزم، (طبع مستقلا).

٣٤- الاستحسان:

(المسودة (٤٥١ – ٤٥٥).

٣٥- المصالح المرسلة:

(مجموع الفتاوى)١١/423 – ٣٤٦).." [١]

"٢٢- ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس:**

(إعلام الموقعين (٣/٢ - ٧٠).

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ٤٨٠/١

٢٣ - بيان خطأ من ترك السنة زاعما أنها خلاف الأصول:
(إعلام الموقعين (٢/٣٣٥ - ٣٤١).
٢٤- أمثلة على رد السنة الصحيحة المحكمة بكونها خلاف الأصول وبالمتشابه:
(إعلام الموقعين (٢/٣٣٥ - ٤٢٥).
٢٥- عمل أهل المدينة:
(إعلام الموقعين (٢/٣٨٠ - ٣٩٦).
٢٦- رسالة الليث إلى مالك"فيما يتعلق بعمل أهل المدينة":
(إعلام الموقعين (٣/٨٣ - ٨٨).
٢٧- تعريف الاستصحاب وأقسامه ومراتبها:
(إعلام الموقعين (١/٣٣٩ - ٣٤٤).
٢٨-فتاوى الصحابة، والأدلة على وجوب اتباعهم، ذكر فيه (٤٦) وجها:
(إعلام الموقعين (٤/١١٨ - ١٥٦).
٢٩- بيان أن الصحابة هم أعلم الناس بعد الأنبياء، وأن العلوم المبثوثة في هذه الأمة إنما هي مأخوذة من كلامهم وفتاويهم:
(هداية الحيارى (٥٩٧ - ٦٠٢).
٣٠-المصلحة الخالصة والمفسدة الخالصة وتساوي المصلحة مع المفسدة:
(مفتاح دار السعادة (٢/١٤ - ٢٢).
٣١ - سد الذرائع: حقيقة الذارئع وأقسامها، والأدلة على منعها، ذكر فيه (٩٩) وجها:
(إعلام الموقعين (٣/١٣٥ - ١٥٩).
٣٢ - أمثلة على سد الذرائع:
(إغاثة اللهفان (١/٣٦١ - ٣٧٠).
٣٣- أقسام الحيل ومراتبها:
(إعلام الموقعين (٣/٣٢٨ - ٣٣٧).
٣٤ - تحريم الحيل والأدلة على ذلك:

(إعلام الموقعين (١٥٩/٣ - ١٨٧).

(إغاثة اللهفان (٣٣٨/١ - ٣٦٠).

٣٥- أدلة المجيزين للحيل والرد عليها:

(إعلام الموقعين (١٨٩/٣ - ٢٤٠)،

(إغاثة اللهفان (٧٢/٢ - ١٢١).

٣٦- قواعد الاحتياط:

(بدائع الفوائد (٢٥٧/٣ - ٢٧٥).

٣٧- الإلهام:

(إغاثة اللهفان (١٢٢/١ - ١٢٥).

٣٨-أهمية معرفة حدود ما أنزل الله على رسوله - صلى الله عليه وسلم - والأمثلة على ذلك:

(زاد المهاجر إلى ربه (٩ - ١١).

(إعلام الموقعين: (٢٢٠/١ - ٢٢٧).

٣٩- المجاز:

(مختصر الصواعق (٢٣١ - ٢٩٤).

٤٠- من أنواع بيان الرسول - صلى الله عليه وسلم -:

(إعلام الموقعين (٣١٤/٢ - ٣١٥).." (١)

"٤٢- أقسام الحديث الصحيح:

(مجموع الفتاوى (١٦/١٨ - ٢٣).

٤٣- أفعال النبي - صلى الله عليه وسلم - التي انفرد بها، ذكر فيها (٥٠) نوعا:

(صحيح ابن حبان (١٤٥/١ - ١٤٩).

٤٤- أفعال الرسول - صلى الله عليه وسلم -:

(اقتضاء الصراط المستقيم (٧٩٤/٢ - ٨٠٧).

(المسودة (١٩١ - ١٩٢).

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ٤٨٥/١

(مجموع الفتاوى (٣٢٠/٢٢ - ٣٣١).

٤٥- تركه - صلى الله عليه وسلم -:

(اقتضاء الصراط المستقيم (٥٩١/٢ - ٥٩٧).

(إعلام الموقعين (٣٨٩/٢ - ٣٩١).

٤٦- خبر الواحد والأدلة على حجيته وكونه مفيدا للعلم:

(صحيح البخاري "كتاب أخبار الآحاد" (٢٣١/١٣ - ٢٤٤).

(الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي (٤٢ - ٤٨).

(الحجة في بيان المحجة (٣٤٥/١ - ٣٤٩).

(مختصر الصواعق (٤٥٥ - ٤٨٤).

٤٧- وجوب العلم بخبر الواحد في أصول الدين:

(مختصر الصواعق (٤٣٨ - ٥١٠).

(لوامع الأنوار (١٧/١ - ٢٠).

٤٨- بيان خطأ من رد السنة المحكمة الصحيحة بكونها خلاف الأصول وبالمتشابه، والأمثلة على ذلك:

(إعلام الموقعين (٣٣٥/٢ - ٤٢٥).

٤٩- ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس:**

(مجموع الفتاوى (٥٠٤/٢٠ - ٥٨٣).

(إعلام الموقعين (٣/٢ - ٧٠).

٥٠ الرد على من قال: إن أبا هريرة - رضي الله عنه - لم يكن فقيها:

(مجموع الفتاوى (٥٣٢/٤ - ٥٣٩).

٥١- الإجماع: حجيته وإمكان وقوعه:

(جماع العلم (٥١ - ٥٧).

٥٢- أنواع الإجماع، وحكم مخالفه، وهل هو قطعي أو ظني؟ ومسائل أخرى متعلقة بالإجماع:

(مجموع الفتاوى (٢٦٧/١٩ - ٢٧٢).

٥٣- نقد كتاب ابن حزم (مراتب الإجماع):

(كتاب نقد مراتب الإجماع لابن تيمية.

٥٤- عمل أهل المدينة:

(رسالة الليث إلى مالك: إعلام الموقعين (٣/٨٣ - ٨٨).

(مجموع الفتاوى (٢٠/٢٩٤ - ٣٩٦).

(إعلام الموقعين (٢/٣٨٠ - ٣٩٦).

٥٥- الاستصحاب: تعريفه، أقسامه، ومراتبها:

(إعلام الموقعين (١/٣٩ - ٣٤٤).

٥٦- شرع من قبلنا:

(أضواء البيان (٢/٦٣ - ٧١).

(الرحلة للشيخ الشنقيطي (١٠٨- ١١٣).." [١]

"ص -٢٧٠-...وأكثرهم بل كلهم يقدمون هذا تارة وهذا تارة فهذا تناقضهم في التأصيل.

وأما تناقضهم في التفصيل فنذكر منه طرفا يسيرا يدل على ما وراءه من قياسهم في المسألة قياسا وتركهم فيها مثله أو ما هو أقوى منه أو تركهم نظير ذلك القياس أو أقوى منه في مسألة أخرى لا فرق بينهما البتة.

أمثلة من تناقض القياسيين:

فمن ذلك أنهم أجازوا الوضوء بنبيذ التمر وقاسوا في أحد القولين عليه سائر الأنبذة وفي القول الآخر لم يقيسوا عليه فإن كان هذا القياس حقا فقد تركوه وإن كان باطلا فقد استعملوه ولم يقيسوا عليه الخل ولا فرق بينهما وكيف كان نبيذ التمر تمرة طيبة وماء طهورا ولم يكن الخل عنبة طيبة وماء طهورا والمرق لحما طيبا وماء طهورا ونقيع المشمش والزبيب كذلك فإن ادعوا الإجماع على عدم الوضوء بذلك فليس فيه إجماع فقد قال الحسن بن صالح بن حي وحميد بن عبد الرحمن: "يجوز الوضوء بالخل وإن كان الإجماع كما ذكرتم فهلا قستم المنع من الوضوء بالنبيذ على ما أجمعوا عليه من المنع من الوضوء بالخل فإن قلتم اقتصرنا على موضع النص ولم نقس عليه قيل لكم فهلا سلكتم ذلك في جميع نصوصه واقتصرتم على محالها الخاصة ولم تقيسوا عليها فإن قلتم لأن هذا خلاف القياس قيل لكم فقد صرحتم أن ما ثبت على

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، ١/٤٩٥

خلاف القياس يجوز القياس عليه ثم هذا يبطل أصل القياس فإنه إذا جاز ورود الشريعة بخلاف القياس علم أن القياس ليس من الحق وأنه عين الباطل فإن الشريعة لا ترد بخلاف الحق أصلا ثم من قاعدتكم أن خبر الواحد إذا خالف الأصول لم يقبل وفي أي الأصول وجدتم ما يجوز التطهير به خارج المصر والقرية ولا يجوز التطهير به داخلهما فإن قالوا اقتصرنا في ذلك على موضع النص قيل فهلا اقتصرتم به على خارج مكة فقط حيث جاء الحديث وكيف ساغ لكم قياس الغسل من." (١)

"ص -٣٤٩-...الأحكام ليس إلا فكما أن شراء الأمة ونكاح المرأة يحل له ما كان حراما عليه قبله وطلاقها وبيعها بالعكس يحرمها عليه ويسقط عنه ما كان واجبا عليه من حقوقها كذلك التزامه بالعقد والعهد والنذر والشرط فإذا ملك تغيير الحكم بالعقد ملكه بالشرط الذي هو تابع له وقد قال تعالى {إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} فأباح التجارة التي ترضى بها المتبايعان فإذا تراضيا على شرط لا يخالف حكم الله جاز لهما ذلك ولا يجوز إلغاؤه وإلزامهما بما لم يلتزما ولا ألزمهما الله ولا رسوله به ولا يجوز إلزمها بما لم يلزمها الله ورسوله به ولاهما التزامها ولا إبطال ما شرطاه مما لم يحرم الله ورسوله عليهما شرطه ومحرم الحلال كمحلل الحرام فهؤلاء ألغوا من شروط المتعاقدين ما لم يلغه الله ورسوله وقابلهم آخرون من القياسيين فاعتبروا من شروط الواقفين ما ألغاه الله ورسوله وكلا القولين خطأ بل الصواب إلغاء كل شرط خالف حكم الله واعتبار كل شرط لم يحرمه الله ولم يمنع منه وبالله التوفيق.

أخطاء أصحاب القياس:

وأما أصحاب الرأي والقياس فإنهم لما لم يعتنوا بالنصوص ولم يعتقدوها وافية بالأحكام ولا شاملة لها وغلاتهم على أنها لم تف بعشر معشارها فوسعوا طرق الرأي والقياس وقالوا بقياس الشبه وعلقوا الأحكام بأوصاف لا يعلم أن الشارع علقها بها واستنبطوا عللا لا يعلم أن الشارع شرع الأحكام لأجلها ثم اضطرهم ذلك إلى أن عارضوا بين كثير من النصوص والقياس ثم اضطربوا فتارة يقدمون القياس وتارة يقدمون النص وتارة يفرقون بين النص المشهور وغير المشهور واضطرهم ذلك أيضا إلى أن اعتقدوا في كثير من الأحكام أنها شرعت **على خلاف القياس** فكان خطؤهم من خمسة أوجه أحدهما ظنهم قصور النصوص عن بيان

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٢١/٧

جميع الحوادث الثاني معارضة كثير من النصوص بالرأي والقياس الثالث اعتقادهم في كثير من الأحكام الشريعة أنها على خلاف." (١)

"ص -٣-...في بيان أنه ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس** وأن ما يظن مخالفته للقياس فأحد الأمرين لازم فيه ولا بد إما أن يكون القياس فاسدا أو يكون ذلك الحكم لم يثبت بالنص كونه من الشرع

وسألت شيخنا قدس الله روحه عما يقع في كلام كثير من الفقهاء من قولهم: "هذا خلاف القياس" لما ثبت بالنص أو قول الصحابة أو بعضهم وربما كان مجمعا عليه كقولهم: طهارة الماء إذا وقعت فيه نجاسة **على خلاف القياس** وتطهير النجاسة **على خلاف القياس** والوضوء من لحوم الإبل والفطر بالحجامة والسلم والإجارة والحوالة والكتابة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والقرض وصحة صوم الآكل الناسي والمضي في الحج الفاسد كل ذلك **على خلاف القياس** فهل ذلك صواب أم لا؟.

فقال: ليس في الشريعة ما يخالف القياس وأنا أذكر ما حصلته من جوابه بخطه ولفظه وما فتح الله سبحانه لي بيمن إرشاده وبركة تعليمه وحسن بيانه وتفهيمه.

لفظ القياس مجمل:

أصل هذا أن تعلم أن لفظ القياس لفظ مجمل يدخل فيه القياس الصحيح والفاسد والصحيح هو الذي وردت به الشريعة وهو الجمع بين المتماثلين والفرق بين المختلفين فالأول قياس الطرد والثاني قياس العكس وهو من العدل الذي بعث الله به نبيه صلى الله عليه وسلم فالقياس الصحيح مثل أن تكون." (٢)

"ص -٤-...العلة التي علق بها الحكم في الأصل موجودة في الفرع من غير معارض في الفرع يمنع حكمها ومثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه قط وكذلك القياس بإلغاء الفارق وهو أن لا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع فمثل هذا القياس أيضا لا تأتي الشريعة بخلافه وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأحكام بحكم يفارق به نظائره فلا بد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحكم ويمنع مساواته لغيره لكن الوصف الذي اختص به ذلك النوع قد يظهر لبعض الناس وقد لا يظهر وليس من شرط القياس الصحيح أن يعلم صحته كل أحد فمن رأى شيئا من الشريعة مخالفا للقياس فإنما

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٠٨/٧

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢/٨

هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه ليس مخالفا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر وحيث علمنا أن النص ورد بخلاف قياس علمنا قطعا أنه قياس فاسد بمعنى أن صورة النص امتازت عن تلك الصور التي يظن أنها مثلها بوصف أوجب تخصيص الشارع لها بذلك الحكم فليس في الشريعة ما يخالف قياسا صحيحا ولكن يخالف القياس الفاسد وإن كان بعض الناس لا يعلم فساده ونحن نبين ذلك فيما ذكر في السؤال.

المشاركة غير المعارضة:

فالذين قالوا: "المضاربة والمساقاة والمزارعة **على خلاف القياس**" ظنوا أن هذه العقود من جنس الإجارة لأنها عمل بعوض والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض فلما رأوا العمل والربح في هذه العقود غير معلومين قالوا هي **على خلاف القياس** وهذا من غلطهم فإن هذه العقود من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض والمشاركات جنس غير جنس المعوضات وإن كان فيها شوب المعاوضة وكذلك المقاسمة جنس غير جنس المعاوضة المحضة وإن كان فيها شوب المعاوضة حتى ظن بعض الفقهاء أنها بيع يشترط فيها شروط البيع الخاص." (١)

"ص -٨-...فليس فيها شيء من الميسر بل هي من أقوم العدل وهو مما يبين لك أن المزارعة التي يكون فيها البذر من العامل أولى بالجواز من المزارعة التي يكون فيها البذر من رب الأرض ولهذا كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يزارعون على هذا الوجه وكذلك عامل النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر وزرع على أن يعملوها من أموالهم والذين اشترطوا أن يكون البذر من رب الأرض قاسوا ذلك على المضاربة فقالوا المضاربة فيها المال من واحد والعمل من آخر فكذلك المزارعة ينبغي أن يكون البذر فيها من مالك الأرض وهذا القياس مع أنه مخالف للسنة الصحيحة ولأقوال الصحابة فهو من أفسد القياس فإن المال في المضاربة يرجع إلى صاحبه ويقتسمان الربح فهذا نظير الأرض في المزارعة وأما البذر الذي لا يعود نظيره إلى صاحبه بل يذهب كما يذهب نفع الأرض فإلحاقه بالنفع الذاهب أولى من إلحاقه بالأصل الباقي فالعامل إذا أخرج البذر ذهب عمله وبذره ورب الأرض يذهب نفع أرضه وبدن هذا كأرض هذا فمن جعل البذر كالمال في المضاربة كان ينبغي له أن يعيد مثل هذا البذر إلى صاحبه كما قال مثل ذلك في المضاربة فكيف ولو اشترط رب البذر عود نظيره لم يجوزوا ذلك؟.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣/٨

فصل: الحوالة توافق القياس

وأما الحوالة فالذين قالوا: "إنها **على خلاف القياس**" قالوا: هي بيع دين بدين والقياس يأباه وهذا غلط من وجهين.

أحدهما: أن بيع الدين بالدين ليس فيه نص عام ولا إجماع وإنما ورد النهي عن بيع الكالىء بالكالىء والكالىء: هو المؤخر الذي لم يقبض كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة وكلاهما مؤخر فهذا لا يجوز بالاتفاق وهو بيع كالىء بكالىء وأما بيع الدين بالدين فينقسم إلى بيع واجب بواجب." (١)

"ص -١٠-...الحوالة على وفق القياس أن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع فإن صاحب الحق إذا استوفى من المدين ماله كان هذا استيفاء فإذا أحاله على غيره كان قد استوفى ذلك الدين عن الدين الذي في ذمة المحيل ولهذا ذكر النبي صلى الله عليه وسلم الحوالة في معرض الوفاء فقال في الحديث الصحيح: "مطل الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع" فأمر المدين بالوفاء ونهاه عن المطل وبين أنه ظالم إذا مطل وأمر الغريم بقبول الوفاء إذا أحيل على ملىء وهذا كقوله تعالى {فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان} أمر المستحق أن يطالب بالمعروف وأمر المدين أن يؤدي بإحسان ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة وقد ظن بعض الفقهاء أن الوفاء إنما يحصل باستيفاء الدين بسبب أن الغريم إذا قبض الوفاء صار في ذمة المدين مثله ثم إنه يقاص ما عليه بماله وهذا تكلف أنكره جمهور الفقهاء وقالوا: بل نفس المال الذي قبضه يحصل به الوفاء ولا حاجة أن يقدر في ذمة المستوفي دينا وأولئك قصدوا أن يكون وفاء دين بدين مطلق وهذا لا حاجة إليه فإن الدين من جنس المطلق الكلي والمعين من جنس المعين فمن ثبت في ذمته دين مطلق كلي فالمقصود منه هو الأعيان الموجودة وأي معين استوفاه حصل به المقصود من ذلك الدين المطلق.

فصل: القرض يوافق القياس

وأما القرض فمن قال: "إنه **على خلاف القياس**" فشبهته أنه بيع ربوي بجنسه مع تأخر القبض وهذا غلط فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية ولهذا سماه النبي صلى الله عليه وسلم منيحة فقال: "أو منيحة ذهب أو منيحة ورق" وهذا من باب الإرفاق لا من باب المعاوضات فإن باب المعاوضات يعطي كل منهما

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٨/٨

أصل المال على وجه لا يعود إليه وباب القرض من جنس باب العارية والمنيحة وإفقار الظهر مما يعطى فيه أصل المال لينتفع بما يستخلف منه ثم يعيده." (١)

"ص -١١-...إليه بعينه إن أمكن وإلا فنظيره ومثله فتارة ينتفع بالمنافع كما في عارية العقار وتارة يمنحه ماشية ليشرب لبنها ثم يعيدها أو شجرة ليأكل ثمرها ثم يعيدها وتسمى العرية فإنهم يقولون: أعاره الشجرة وأعاره المتاع ومنحه الشاة وأفقره الظهر وأقرضه الدراهم واللبن والثمر لما كان يستخلف شيئا بعد شيء كان بمنزلة المنافع ولهذا كان في الوقف يجري مجرى المنافع وليس هذا من باب البيع في شيء بل هو من باب الإرفاق والتبرع والصدقة وإن كان المقرض قد ينتفع أيضا بالقرض كما في مسألة السفتجة ولهذا كرهها من كرهها والصحيح أنها لا تكره لأن المنفعة لا تخص المقرض بل ينتفعان بها جميعا.

فصل: إزالة النجاسة توافق القياس

وأما إزالة النجاسة فمن قال: "إنها على خلاف القياس" فقوله من أبطل الأقوال وأفسدها وشبهته أن الماء إذا لاقى نجاسة تنجس بها ثم لاقى الثاني والثالث كذلك وهلم جرا والنجس لا يزيل نجاسة وهذا غلط فإنه يقال فلم قلتم: إن القياس يقتضي أن الماء إذ لاقى نجاسة نجس؟ فإن قلتم: الحكم في بعض الصور كذلك قيل هذا ممنوع عند من يقول إن الماء لا ينجس إلا بالتغير.

فإن قيل: فيقاس ما لم يتغير على ما تغير.

قيل: هذا من أبطل القياس حسا وشرعا وليس جعل الإزالة مخالفة للقياس بأولى من جعل تنجيس الماء مخالفا للقياس بل يقال إن القياس يقتضي أن الماء إذا لاقى نجاسة لا ينجس كما أنه إذا لاقاها حال الإزالة لا ينجس فهذا القياس أصح من ذلك القياس لأن النجاسة تزول بالماء حسا وشرعا وذلك معلوم بالضرورة من الدين بالنص والإجماع وأما تنجيس الماء بالملاقاة فمورد نزاع فكيف يجعل مورد النزاع حجة على مواقع الإجماع والقياس يقتضي رد." (٢)

"ص -١٥-...بالاستحالة فطهرت بالاستحالة فيقال لهم وهكذا الدم والبول والعذرة وإنما نجست بالاستحالة فتطهر بالاستحالة فظهر أن القياس مع النصوص وأن مخالفة القياس في الأقوال التي تخالف النصوص.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (٨١) مؤلفا ، ١٠/٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١١/٨

فصل: الوضوء من لحوم الإبل يوافق القياس

وأما قولهم: "إن الوضوء من لحوم الإبل **على خلاف القياس** لأنها لحم واللحم لا يتوضأ منه" فجوابه أن الشارع فرق بين اللحمين كما فرق بين المكانين وكما فرق بين الراعيين رعاة الإبل ورعاة الغنم فأمر بالصلاة في مرابض الغنم دون أعطان الإبل وأمر بالتوضؤ من لحوم الإبل دون الغنم كما فرق بين الربا والبيع والمذكي والميتة فالقياس الذي يتضمن التسوية بين ما فرق الله بينه من أبطل القياس وأفسده ونحن لا ننكر أن في الشريعة ما يخالف القياس الباطل هذا مع أن الفرق بينهما ثابت في نفس الأمر كما فرق بين أصحاب الإبل وأصحاب الغنم فقال: "الفخر والخيلاء في الفدادين أصحاب الإبل والسكينة في أصحاب الغنم" وقد جاء أن على ذروة كل بعير شيطان وجاء أنها جن خلقت من جن ففيها قوة شيطانية والغاذى شبيه بالمغتذى ولهذا حرم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير لأنها دواب عادية فالاغتذاء بها يجعل في طبيعة المغتذى من العدوان ما يضره في دينه فإذا اغتذى من لحوم الإبل وفيها تلك القوة الشيطانية والشيطان خلق من نار والنار تطفأ بالماء هكذا جاء الحديث ونظيره الحديث الآخر: "إن الغضب من الشيطان فإذا غضب أحدكم فليتوضأ" فإذا توضأ العبد من لحوم الإبل كان في وضوئه ما يطفىء تلك القوة الشيطانية فتزول تلك المفسدة ولهذا أمرنا بالوضوء مما مست النار إما إيجابا منسوخا وإما استحبابا غير منسوخ وهذا الثاني أظهر لوجوه منها أن النسخ لا يصار إليه إلا عند تعذر الجمع بين الحديثين ومنها أن رواة أحاديث الوضوء بعضهم متأخر الإسلام كأبي هريرة ومنها أن المعنى الذي أمرنا بالوضوء لأجله منها هو." (١)

"ص -١٦-...اكتسابها من القوة النارية وهي مادة الشيطان التي خلق منها والنار تطفأ بالماء وهذا المعنى موجود فيها وقد ظهر اعتبار نظيره في الأمر بالوضوء من الغضب ومنها أن أكثر ما مع من ادعى النسخ أنه ثبت في أحاديث صحيحة كثيرة أنه صلى الله عليه وسلم: "أكل مما مست النار ولم يتوضأ" وهذا إنما يدل على عدم وجوب الوضوء لا على عدم استحبابه فلا تنافي بين أمره وفعله وبالجملة فالنسخ إنما يصار إليه عند التنافي وتحقق التاريخ وكلاهما منتف وقد يكون الوضوء من مس الذكر ومس النساء من هذا الباب لما في ذلك من تحريك الشهوة فالأمر بالوضوء منهما على وفق القياس ولما كانت القوة الشيطانية في لحوم الإبل لازمة كان الأمر بالوضوء منها لا معارض له من فعل ولا قول ولما كان في ممسوس النار عارضة صح فيها الأمر والترك ويدل على هذا أنه فرق بينها وبين لحوم الغنم في الوضوء وفرق بينها

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٦/٨

وبين الغنم في مواضع الصلاة فنهى عن الصلاة في أعطان الإبل وأذن في الصلاة في مرابض الغنم وهذا يدل على أنه ليس ذلك لأجل الطهارة والنجاسة كما أنه لما أمر بالوضوء من لحوم الإبل دون لحوم الغنم علم أنه ليس ذلك لكونها مما مسته النار ولما كانت أعطان الإبل مأوى الشيطان لم تكن مواضع للصلاة كالحشوش بخلاف مباركها في السفر فإن الصلاة فيها جائزة لأن الشيطان هناك عارض وطرد هذا المنع من الصلاة في الحمام لأنه بيت الشيطان وفي الوضوء من اللحوم الخبيثة كلحوم السباع إذا أبيحت للضرورة روايتان والوضوء منها أبلغ من الوضوء من لحوم الإبل فإذا عقل المعنى لم يكن بد من تعديته ما لم يمنع منه مانع والله أعلم.

فصل: الفطر بالحجامة يوافق القياس

أما الفطر بالحجامة فإنما اعتقد من قال: "إنه **على خلاف القياس**" ذلك بناء على أن القياس الفطر بما دخل لا بما خرج وليس كما ظنوه بل الفطر." (١)

"ص -١٧-...بها محض القياس وهذا إنما يتبين بذكر قاعدة وهي: أن الشارع الحكيم شرع الصوم على أكمل الوجوه وأقومها بالعدل وأمر فيه بغاية الاعتدال حتى نهى عن الوصال وأمر بتعجيل الفطر وتأخير السحور وجعل أعدل الصيام وأفضله صيام داود فكان من تمام الاعتدال في الصوم أن لا يدخل الإنسان ما به قوامه كالطعام والشراب ولا يخرج ما به قوامه كالقيء والاستمناء وفرق بين ما يمكن الاحتراز منه من ذلك وبين ما لا يمكن فلم يفطر بالاحتلام ولا بالقيء الذارع كما لا يفطر بغبار الطحين وما يسبق من الماء إلى الجوف عند الوضوء والغسل وجعل الحيض منافيا للصوم دون الجنابة لطول زمانه وكثرة خروج الدم وعدم التمكن من التطهير قبل وقته بخلاف الجنابة وفرق بين دم الحجامة ودم الجرح فجعل الحجامة من جنس القيء والاستمناء والحيض وخروج الدم من الجرح والرعاف من جنس الاستحاضة والاحتلام وذرع القيء فتناسبت الشريعة وتشابهت تأصيلا وتفصيلا وظهر أنها على وفق القياس الصحيح والميزان العادل ولله الحمد.

فصل: التيمم يوافق القياس

ومما يظن أنه **على خلاف القياس** باب التيمم قالوا: إنه **على خلاف القياس** من وجهين أحدهما أن التراب ملوث لا يزيل درنا ولا وسخا ولا يطهر البدن كما لا يطهر الثوب والثاني أنه شرع في عضوين من أعضاء

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٧/٨

الوضوء دون بقيتها وهذا خروج عن القياس الصحيح.

ولعمر الله أنه خروج عن القياس الباطل المضاد للدين وهو على وفق القياس الصحيح فإن الله سبحانه جعل من الماء كل شيء حي وخلقنا من التراب فلنا مادتان الماء والتراب فجعل منهما نشأتنا وأقواتنا وبهما تطهرنا وتعبدنا فالتراب أصل ما خلق منه الناس والماء حياة كل شيء وهما الأصل في الطبائع التي ركب الله عليهما هذا العالم وجعل قوامه بهما وكان أصل ما يقع به تطهير الأشياء من الأدناس والأقذار هو الماء في الأمر المعتاد فلم يجز العدول." (١)

"ص -١٩-...فصل: السلم يوافق القياس

وأما السلم فمن ظن أنه **على خلاف القياس** توهم دخوله تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا تبع ما ليس عندك" فإنه بيع معدوم والقياس يمنع منه والصواب أنه على وفق القياس فإنه بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالبا وهو كالمعارضة على المنافع في الإجارة وقد تقدم أنه على وفق القياس وقياس السلم على بيع العين المعدومة التي لا يدري أيقدر على تحصيلها أم لا والبائع والمشتري منها على غرر من أفسد القياس صورة ومعنى وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان مالا يملكه ولا هو مقدور له وبين السلم إليه في مغل مضمون في ذمته مقدور في العادة على تسليمه فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكى والربا والبيع.

وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام: "لا تبع ما ليس عندك" فيحمل على معنيين: أحدهما: أن يبيع عينا معينة وهي ليست عنده بل ملك للغير فيبيعها ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها إلى المشتري والثاني: أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة وهذا أشبه فليس عنده حسا ولا معنى فيكون قد باعه شيئا لا يدري هل يحصل له أم لا وهذا يتناول أمورا أحدها بيع عين معينة ليست عنده الثاني السلم الحال في الذمة إذا لم يكن عنده ما يوفيه الثالث: السلم المؤجل إذا لم يكن على ثقة من توفيته عادة فأما إذا كان على ثقة من توفيته عادة فهو دين من الديون وهو كالابتياع بثمن مؤجل فأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر فهذا محض القياس والمصلحة وقد قال تعالى {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه} وهذا يعم الثمن والمثمن وهذا هو الذي فهمه." (٢)

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٨/٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٠/٨

"ص –٢٠–...ترجمان القرآن من القرآن عبد الله بن عباس فقال: "أشهد أن السلف المضمون في الذمة حلال في كتاب الله" وقرأ هذه الآية.

فثبت أن إباحة السلم على وفق القياس والمصلحة وشرع على أكمل الوجوه وأعدلها فشرط فيه قبض الثمن في الحال إذ لو تأخر لحصل شغل الذمتين بغير فائدة ولهذا سمي سلما لتسليم الثمن فإذا أخر الثمن دخل في حكم الكالىء بالكالىء بل هو نفسه وكثرت المخاطرة ودخلت المعاملة في حد الغرر ولذلك منع الشارع أن يشترط فيه كونه من حائط معين لأنه قد يتخلف فيمتنع التسليم.

والذين شرطوا أن يكون دائم الجنس غير منقطع قصدوا به إبعاده من الغرر بإمكان التسليم لكن ضيقوا ما وسع الله وشرطوا ما لم يشرطه وخرجوا عن موجب القياس والمصلحة أما القياس فإنه أحد العوضين فلم يشترط دوامه ووجوده كالثمن وأما المصلحة فإن في اشتراط ذلك تعطيل مصالح الناس إذ الحاجة التي لأجلها شرع الله ورسوله السلم الارتفاق من الجانبين هذا يرتفق بتعجيل الثمن وهذا يرتفق برخص المثمن وهذا قد يكون في منقطع الجنس كما قد يكون في متصله فالذي جاءت به الشريعة أكمل شيء وأقومه بمصالح العباد.

فصل: الكتابة توافق القياس

وأما الكتابة فمن قال هي **على خلاف القياس** قال: هي بيع السيد ماله بماله وهذا غلط وإنما باع العبد نفسه بمال في ذمته والسيد لا حق له في ذمة العبد وإنما حقه في بدنه فإن السيد حقه في مالية العبد لا في إنسانيته وإنما يطالب العبد بما في ذمته بعد عتقه وحينئذ فلا ملك للسيد عليه وإذا عرف هذا فالكتابة بيعه نفسه بمال في ذمته ثم إذا اشترى نفسه كان كسبه له ونفعه له." (١)

"ص –٢٢–...فصل: الإجارة توافق القياس

وأما الإجارة فالذين قالوا: "هي **على خلاف القياس**" قالوا: هي بيع معدوم لأن المنافع معدومة حين العقد ثم لما رأوا الكتاب قد دل على جواز إجارة الظئر للرضاع بقوله {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} قالوا إنها **على خلاف القياس** من وجهين أحدهما كونها إجارة والثاني أن الإجارة عقد على المنافع وهذه عقد على الأعيان ومن العجب أنه ليس في القرآن ذكر إجارة جائزة إلا هذه وقالوا هي **على خلاف القياس** والحكم إنما يكون **على خلاف القياس** إذا كان النص قد جاء في موضع يشابهه بنقيض ذلك الحكم فيقال

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢١/٨

هذا خلاف قياس ذلك النص وليس في القرآن ولا في السنة ذكر فساد إجارة شبه هذه الإجارة ومنشأ وهمهم ظنهم أن مورد عقد الإجارة لا يكون إلا منافع هي أعراض قائمة بغيرها لا أعيان قائمة بنفسها ثم افترق هؤلاء فرقتين فقالت فرقة إنما احتملناها **على خلاف القياس** لورود النص فلا نتعدى محله وقالت فرقة بل نخرجها على ما يوافق القياس وهو كون المعقود عليه أمرا غير اللبن بل هو إلقام الصبي الثدي ووضعه في حجر المرضعة ونحو ذلك من المنافع التي هي مقدمات الرضاع واللبن يدخل تبعا غير مقصود بالعقد ثم طردوا ذلك في مثل ماء البئر والعيون التي في الأرض المستأجرة وقالوا يدخل ضمنا وتبعا فإذا وقعت الإجارة على نفس العين والبئر لسقي الزرع والبستان قالوا إنما وردت الإجارة على مجرد إدلاء الدلو في البئر وإخراجه وعلى مجرد إجراء العين في أرضه مما هو قلب الحقائق وجعل المقصود وسيلة والوسيلة مقصودة إذ من المعلوم أن هذه الأعمال إنما هي وسيلة إلى المقصود بعقد الإجارة وإلا فهي بمجردها ليست مقصودة ولا معقودا عليها ولا قيمة لها أصلا وإنما هي كفتح الباب وكقود الدابة لمن اكترى دارا أو دابة.." (١)

"ص -٢٣-...الرد على من جعل الإجارة **على خلاف القياس**:

ونحن نتكلم على هذين الأصلين الباطلين على أصل من جعل الإجارة **على خلاف القياس** وعلى أصل من جعل إجارة الظئر ونحوها **على خلاف القياس** فنقول وبالله التوفيق.

أما الأصل الأول فقولهم: "إن الإجارة بيع معدوم وبيع المعدوم باطل" دليل مبني على مقدمتين مجملتين غير مفصلتين قد اختلط في كل منهما الخطأ بالصواب فأما المقدمة الأولى وهي كون الإجارة بيعا إن أردتم به البيع الخاص الذي يكون العقد فيه على الأعيان لا على المنافع فهو باطل وإن أردتم به البيع العام الذي هو معاوضة إما على عين وإما على منفعة فالمقدمة الثانية باطلة فإن بيع المعدوم ينقسم إلى بيع الأعيان وبيع المنافع ومن سلم بطلان بيع المعدوم فإما يسلمه في الأعيان ولما كان لفظ البيع يحتمل هذا وهذا تنازع الفقهاء في الإجارة هل تنعقد بلفظ البيع على وجهين والتحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأي لفظ من الألفاظ عرف به المتعاقدان مقصودهما وهذا حكم شامل لجميع العقود فإن الشارع لم يحد لألفاظ العقود حدا بل ذكرها مطلقة فكما تنعقد العقود بما يدل عليها من الألفاظ الفارسية والرومية والتركية فانعقادها بما يدل عليها من الألفاظ العربية أولى وأحرى ولا فرق بين النكاح وغيره وهذا قول جمهور

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٣/٨

العلماء كمالك وأبي حنيفة وهو أحد القولين في مذهب أحمد قال شيخنا بل نصوص أحمد لا تدل إلا على هذا القول وأما كونه لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج فإنما هو قول ابن حامد والقاضي وأتباعه وأما قدماء أصحاب أحمد فلم يشترط أحد منهم ذلك وقد نص أحمد على أنه إذا قال: "أعتقت أمتي وجعلت عتقها صداقها" أنه ينعقد النكاح قال ابن عقيل: "وهذا يدل على أنه لا يختص النكاح بلفظ" وأما ابن حامد فطرد أصله وقال: "لا ينعقد حتى يقول مع ذلك تزوجتها" وأما القاضي فجعل هذا موضع استحسان خارجا عن القياس فجوز النكاح في هذه الصورة خاصة بدون لفظ الإنكاح." (١)

"ص -٢٦-...الشريعة أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قدم أرجحهما والغرر إنما نهي عنه لما فيه من الضرر بهما أو بأحدهما وفي المنع مما يحتاجون إليه من البيع ضرر أعظم من ضرر المخاطرة فلا يزيل أدنى الضررين بأعلاهما بل قاعدة الشريعة ضد ذلك وهو دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما ولهذا لما نهاهم عن المزابنة لما فيها من ربا أو مخاطرة أباحها لهم في العرايا للحاجة لأن ضرر المنع من ذلك أشد من ضرر المزابنة ولما حرم عليهم الميتة لما فيها من خبث التغذية أباحها لهم للضرورة ولما حرم عليهم النظر إلى الأجنبية أباح منه ما تدعو إليه الحاجة للخاطب والمعامل والشاهد والطبيب.

فإن قلت: فهذا كله **على خلاف القياس**.

قيل: إن أردت أن الفرع اختص بوصف يوجب الفرق بينه وبين الأصل فكل حكم استند إلى هذا الفرق الصحيح فهو **على خلاف القياس** الفاسد وإن أردت أن الأصل والفرع استويا في المقتضى والمانع واختلف حكمهما فهذا باطل قطعا ليس في الشريعة منه مسألة واحدة والشيء إذا شابه غيره في وصف وفارقه في وصف كان اختلافهما في الحكم باعتبار الفارق مخالفا لاستوائهما باعتبار الجامع وهذا هو القياس الصحيح طردا وعكسا وهو التسوية بين المتماثلين والفرق بين المختلفين.

وأما التسوية بينهما في الحكم مع افتراقهما فيما يقتضي الحكم أو يمنعه فهذا هو القياس الفاسد الذي جاء الشرع دائما بإبطاله كما أبطل قياس الربا على البيع وقياس الميتة على المذكى وقياس المسيح عيسى عليه الصلاة والسلام على الأصنام وبين الفارق بأنه عبد أنعم عليه بعبوديته ورسالته فكيف يعذبه بعبادة غيره له مع نهيه عن ذلك وعدم رضاه به بخلاف الأصنام فمن قال: "إن الشريعة تأتي بخلاف القياس الذي هو

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٤/٨

من هذا الجنس" فقد أصاب وهو من كمالها واشتمالها على العدل والمصلحة والحكمة ومن سوى بين الشيئين." (١)

"ص -٣٤-...العقدين في الآخر بل كل عقد مستقل بحكمه فأين هذا من فعل أمير المؤمنين وفقهه وأين القياس من القياس والفقه من الفقه فبينهما في الصحة بعد ما بين المشرقين.

فصل:إجارة الظئر توافق القياس

فهذا الكلام على المقام الأول وهو كون الإجارة **على خلاف القياس** وقد تبين بطلانه.

وأما المقام الثاني وهو أن الإجارة التي أذن الله فيها في كتابه وهي إجارة الظئر **على خلاف القياس** فبناء منهم على هذا الأصل الفاسد وهو أن المستحق بعقد الإجارة إنما هو المنافع لا الأعيان وهذا الأصل لم يدل عليه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس صحيح بل الذي دلت عليه الأصول أن الأعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها حكمها حكم المنافع كالثمر في الشجر واللبن في الحيوان والماء في البئر ولهذا سوى بين النوعين في الوقف فإن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الفائدة فكما يجوز أن تكون فائدة الوقف منفعة كالسكنى وأن تكون ثمرة وأن تكون لبنا كوقف الماشية للانتفاع بلبنها وكذلك في باب التبرعات كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمر الشجرة ثم يردها والمنيحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها والقرض لمن ينتفع بالدراهم ثم يرد بدلها القائم مقام عينها فكذلك في الإجارة تارة يكريه العين للمنفعة التي ليست أعيانا وتارة للعين التي تحدث شيئا من بعد شيء مع بقاء الأصل كلبن الظئر ونفع البئر فإن هذه الأعيان لما كانت تحدث شيئا بعد شيء مع بقاء الأصل كانت كالمنفعة والمسوغ هو ما بينهما من القدر المشترك وهو حدوث المقصود بالعقد شيئا فشيئا سواء كان الحادث عينا أو منفعة وكونه جسما." (٢)

"ص -٣٥-...أو معنى قائما بالجسم لا أثر له في الجواز والمنع مع اشتراكهما في المقتضى للجواز بل هذا النوع من الأعيان الحادثة شيئا فشيئا أحق بالجواز فإن الأجسام أكمل من صفاتها وطرد هذا القياس جواز إجارة الحيوان غير الآدمي لرضاعه فإن الحاجة تدعو إليه كما تدعو إليه في الظئر من الآدميين بطعامها وكسوتها ويجوز استئجار الظئر من البهائم بعلفها والماشية إذا عاوض على لبنها فهو نوعان أحدهما أن

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٨/٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٧/٨

يشترى اللبن مدة ويكون العلف والخدمة على البائع فهذا بيع محض والثاني أن يسلمها ويكون علفها وخدمتها عليه ولبنها له مدة الإجارة فهذا إجارة وهو كضمان البستان سواء وكالظئر فإن اللبن يستوفي شيئا فشيئا مع بقاء الأصل فهو كاستئجار العين ليسقي بها أرضه وقد نص مالك على جواز إجارة الحيوان مدة للبنه ثم من أصحابه من جوز ذلك تبعا لنصه ومنهم من منعه ومنهم من شرط فيه شروطا ضيقوا بها مورد النص ولم يدل عليها نصه والصواب الجواز وهو موجب القياس المحض فالمجوزون أسعد بالنص من المانعين وبالله التوفيق.

فصل: حمل العاقلة الدية يوافق القياس

ومن هذا الباب قول القائل: "حمل العاقلة الدية عن الجاني **على خلاف القياس**" ولهذا لا تحمل العمد ولا العبد ولا الصلح ولا الاعتراف ولا ما دون الثلث ولا تحمل جناية الأموال ولو كانت على وفق القياس لحملت ذلك كله.

والجواب أن يقال: لا ريب أن من أتلف مضمونا كان ضمانه عليه ولا تزر وازرة وزر أخرى ولا تؤخذ نفس بجريرة غيرها وبهذا جاء شرع الله سبحانه وجزاؤه وحمل العاقلة الدية غير مناقض لشيء من هذا كما سنبينه والناس متنازعون في العقل هل تحمله العاقلة ابتداء أو تحملا على قولين كما تنازعوا في صدقة الفطر." (١)

"ص -٣٨-...فصل: حديث المصراة يوافق القياس

ومما قيل فيه إنه **على خلاف القياس** حديث المصراة قالوا: وهو يخالف القياس من وجوه: منها أنه تضمن رد البيع بلا عيب ولا خلف في صفة ومنها أن الخراج بالضمان فاللبن الذي يحدث عند المشتري غير مضمون عليه وقد ضمنه إياه ومنها أن اللبن من ذوات الأمثال وقد ضمنه إياه بغير مثله ومنها أنه إذا انتقل من التضمين بالمثل فإنما ينتقل إلى القيمة والتمر لا قيمة ولا مثل ومنها أن المال المضمون إنما يضمن بقدره في القلة والكثرة وقد قدر ههنا الضمان بصاع.

قال أنصار الحديث: كل ما ذكرتموه خطأ والحديث موافق لأصول الشريعة وقواعدها ولو خالفها لكان أصلا بنفسه كما أن غيره أصل بنفسه وأصول الشرع لا يضرب بعضها ببعض كما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أن يضرب كتاب الله بعضه ببعض بل يجب اتباعها كلها ويقر كل منها على أصله وموضعه فإنها كلها من عند الله الذي أتقن شرعه وخلقه وما عدا هذا فهو الخطأ الصريح.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٨/٨

فاسمعوا الآن هدم الأصول الفاسدة التي يعترض بها على النصوص الصحيحة أما قولكم: "إنه تضمن الرد من غير عيب ولا فوات صفة" فأين في أصول الشريعة المتلقاة عن صاحب الشرع ما يدل على انحصار الرد بهذين الأمرين وتكفينا هذه المطالبة ولن تجدوا إلى إقامة الدليل على الحصر سبيلا ثم نقول بل أصول الشريعة توجب الرد بغير ما ذكرتم وهو الرد بالتدليس والغش فإنه هو والخلف في الصفة من باب واحد بل الرد بالتدليس أولى من الرد بالعيب فإن البائع يظهر صفة المبيع تارة بقوله وتارة بفعله فإذا أظهر للمشتري أنه على صفة فبان بخلافها كان قد غشه ودلس عليه فكان له الخيار بين الإمساك والفسخ ولو لم تأت الشريعة بذلك لكان هو محض القياس وموجب العدل فإن المشتري إنما بذل ماله في المبيع بناء على الصفة التي أظهرها له البائع ولو علم أنه على." (١)

"ص -٤٠-...ففصل الشارع الحكيم صلاة الله وسلامه عليه وعلى آله النزاع وقدره بحد لا يتعديانه قطعا للخصومة وفصلا للمنازعة وكان تقديره بالتمر أقرب الأشياء إلى اللبن فإنه قوت أهل المدينة كما كان اللبن قوتا لهم وهو مكيل كما أن اللبن مكيل فكلاهما مطعوم مقتات مكيل وأيضا فكلاهما يقتات به بلا صنعة ولا علاج بخلاف الحنطة والشعير والأرز فالتمر أقرب الأجناس التي كانوا يقتاتون بها إلى اللبن.

فإن قيل: فأنتم توجبون صاع التمر في كل مكان سواء كان قوتا لهم أو لم يكن.

قيل: هذا من مسائل النزاع وموارد الاجتهاد فمن الناس من يوجب ذلك ومنهم من يوجب في كل بلد صاعا من قوتهم ونظير هذا تعيينه صلى الله عليه وسلم الأصناف الخمسة في زكاة الفطر وأن كل بلد يخرجون من قوتهم مقدار الصاع وهذا أرجح وأقرب إلى قواعد الشرع وإلا فكيف يكلف من قوتهم السمك مثلا أو الأرز أو الدخن إلى التمر وليس هذا بأول تخصيص قام الدليل عليه وبالله التوفيق.

فصل: إعادة الصلاة لمن صلى منفردا خلف الصف توافق القياس

ومن ذلك ظن بعضهم أن أمره صلى الله عليه وسلم لمن صلى فذا خلف الصف بالإعادة **على خلاف القياس** فإن الإمام والمرأة فذان وصلاتهما صحيحة.

وهذا من أفسد القياس وأبطله فإن الإمام يسن في حقه التقدم وأن يكون وحده والمأمومون يسن في حقهم

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٨/٤١

الاصطفاف فقياس أحدهما على الآخر من أفسد القياس والفرق بينهما أن الإمام إنما جعل ليؤتم به وتشاهد أفعاله وانتقالاته فإذا كان قدامهم حصل مقصود الإمامة وإذا كان في الصف لم." (١)

"ص -٤١-...يشاهد إلا من يليه ولهذا جاءت السنة بالتقدم ولو كانوا ثلاثة محافظة على المقصود بالائتمام وأما المرأة فإن السنة وقوفها فذة إذا لم يكن هناك امرأة تقف معها لأنها منهية عن مصافة الرجال فموقفها المشروع أن تكون خلف الصف فذة وموقف الرجل المشروع أن يكون في الصف فقياس أحدهما على الآخر من أبطل القياس وأفسده وهو قياس المشروع على غير المشروع.

فإن قيل: فلو كان معها نساء ووقفت وحدها صحت صلاتها.

قيل: هذا غير مسلم بل إذا كان صف النساء فحكم المرأة بالنسبة إليه في كونها فذة كحكم الرجل بالنسبة إلى صف الرجال لكن موقف المرأة وحدها خلف صف الرجال يدل على شيئين أحدهما أن الرجل إذا لم يجد خلف الصف من يقوم معه وتعذر عليه الدخول في الصف ووقف معه فذا صحت صلاته للحاجة وهذا هو القياس المحض فإن واجبات الصلاة تسقط بالعجز عنها الثاني وهو طرد هذا القياس إذا لم يمكنه أن يصلي مع الجماعة إلا قدام الإمام فإنه يصلي قدامه وتصح صلاته وكلاهما وجه في مذهب أحمد وهو اختيار شيخنا رحمه الله.

وبالجملة فليست المصافة أوجب من غيرها فإذا سقط ما هو أوجب منها للعذر فهي أولى بالسقوط ومن قواعد الشرع الكلية أنه "لا واجب مع عجز ولا حرام مع ضرورة".

فصل: ركوب وحلب الرهن مقابل النفقة على وفق القياس

ومن ذلك قول بعضهم: إن الحديث الصحيح وهو قوله: "الرهن مركوب ومحلوب وعلى الذي يركب ويحلب النفقة" **على خلاف القياس** فإنه جوز لغير المالك أن يركب الدابة وأن يحلبها وضمنه ذلك بالنفقة لا بالقيمة فهو مخالف للقياس من وجهين.." (٢)

"ص -٤٩-...فإن قيل: فأين تكون العشرة فما دونها إذا كان المراد بالحد الجناية.

قيل: في ضرب الرجل امرأته وعبده وولده وأجيره للتأديب ونحوه فإنه لا يجوز أن يزيد على عشرة أسواط فهذا أحسن ما خرج عليه الحديث وبالله التوفيق.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٣/٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٤/٨

فصل: المضي في الحج الفاسد يوافق القياس

وأما المضي في الحج الفاسد فليس مخالفا للقياس فإن الله سبحانه أمر بإتمام الحج والعمرة فعلى من شرع فيهما أن يمضي فيهما وإن كان متطوعا بالدخول باتفاق الأئمة وإن تنازعوا فيما سواه من التطوعات هل تلزم بالشروع أم لا فقد وجب عليه بالإحرام أن يمضي فيه إلى حين يتحلل ووجب عليه الإمساك عن الوطء فإذا وطيء فيه لم يسقط وطؤه ما وجب عليه من إتمام النسك فيكون ارتكابه ما حرمه الله عليه سببا لإسقاط الواجب عليه ونظير هذا الصائم إذا أفطر عمدا لم يسقط عنه فطره ما وجب عليه من إتمام الإمساك ولا يقال له قد بطل صومك فإن شئت أن تأكل فكل بل يجب عليه المضي فيه وقضاؤه لأن الصائم له حد محدود وهو غروب الشمس.

فإن قيل: فهلا طردتم ذلك في الصلاة إذا أفسدها وقلتم يمضي فيها ثم يعيدها.

قيل: من ههنا ظن من ظن أن المضي في الحج الفاسد **على خلاف القياس** والفرق بينهما أن الحج له وقت محدود وهو يوم عرفة كما للصيام وقت محدود وهو الغروب وللحج مكان مخصوص لا يمكن إحلال المحرم قبل وصوله إليه كما لا يمكن فطر الصائم قبل وصوله إلى وقت الفطر فلا يمكنه فعله ولا فعل الحج ثانيا في وقته بخلاف الصلاة فإنه يمكنه فعلها ثانيا في وقتها وسر الفرق أن وقت الصيام والحج بقدر فعله لا يسع غيره ووقت الصلاة أوسع منها." (١)

"ص -٥٠-...فيسع غيرها فيمكنه تدارك فعلها إذا فسدت في أثناء الوقت ولا يمكن تدارك الصيام والحج إذا فسدا إلا في وقت آخر نظير الوقت الذي أفسدهما فيه والله أعلم.

فصل: عدم فطر من أكل ناسيا يوافق القياس

وأما من أكل في صومه ناسيا فمن قال: "عدم فطره ومضيه في صومه **على خلاف القياس**" ظن أنه من باب ترك المأمور ناسيا والقياس أنه يلزمه الإتيان بما تركه كما لو حدث ونسي حتى صلى والذين قالوا: "بل هو على وفق القياس" حجتهم أقوى لأن قاعدة الشريعة أن من فعل محظورا ناسيا فلا إثم عليه كما دل عليه قوله تعالى {ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا} وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أن الله سبحانه استجاب هذا الدعاء وقال: "قد فعلت" وإذا ثبت أنه غير آثم فلم يفعل في صومه محرما فلم يبطل صومه وهذا محض القياس فإن العبادة إنما تبطل بفعل محظور أو ترك مأمور وطرد هذا القياس أن من تكلم في

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٥٣/٨

صلاته ناسيا لم تبطل صلاته وطرده أيضا أن من جامع في إحرامه أو صيامه ناسيا لم يبطل صيامه ولا إحرامه وكذلك من تطيب أو لبس أو غطى رأسه أو حلق رأسه أو قلم ظفره ناسيا فلا فدية عليه بخلاف قتل الصيد فإنه من باب ضمان المتلفات فهو كدية القتيل وأما اللباس والطيب فمن باب الترفه وكذلك الحلق والتقليم ليس من باب الإتلاف فإنه لا قيمة له في الشرع ولا في العرف وطرد هذا القياس أن من فعل المحلوف عليه ناسيا لم يحنث سواء حلف بالله أو بالطلاق أو بالعتاق أو غير ذلك لأن القاعدة أن من فعل المنهي عنه ناسيا لم يعد عاصيا والحنث في الأيمان كالمعصية في الإيمان فلا يعد حانثا من فعل المحلوف عليه ناسيا وطرد هذا أيضا أن من باشر النجاسة في الصلاة ناسيا لم تبطل صلاته بخلاف من ترك شيئا من فروض." (١)

"ص -٥٣-...فأجابني بما مضمونه أن الحديث اقتضى أن ذلك الفعل مفطر وهذا كما لو رأى إنسانا يأكل أو يشرب فقال: أفطر الآكل والشارب فهذا فيه بيان السبب المقتضي للفطر ولا تعرض فيه للمانع.

وقد علم أن النسيان مانع من الفطر بدليل خارج فكذلك الخطأ والجهل والله أعلم.

فصل: حكم عمر في امرأة المفقود يوافق القياس

ومما ظن أنه على خلاف القياس ما حكم به الخلفاء الراشدون في امرأة المفقود فإنه قد ثبت عن عمر بن الخطاب أن أجل امرأته أربع سنين وأمرها أن تتزوج فقدم المفقود بعد ذلك فخيره عمر بين امرأته وبين مهرها فذهب الإمام أحمد إلى ذلك وقال: "ما أدري من ذهب إلى غير ذلك إلى أي شيء يذهب" وقال أبو داود في مسائله سمعت أحمد وقيل له في نفسك شيء من المفقود فقال: "ما في نفسي منه شيء" هذا خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أمروها أن تتربص قال أحمد: "من ضيق علم الرجل أن لا يتكلم في امرأة المفقود".

وقد قال بعض المتأخرين من أصحاب أحمد: إن مذهب عمر في المفقود يخالف القياس والقياس أنها زوجة القادم بكل حال إلى أن نقول: الفرقة تنفذ ظاهرا وباطنا فتكون زوجة الثاني بكل حال وغلا بعض ا لمخالفين لعمر في ذلك فقالوا: "لو حكم حاكم بقول عمر في ذلك لنقض حكمه لبعده عن القياس".

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٥٤/٨

وطائفة ثالثة أخذت ببعض قول عمر وتركوا بعضه فقالوا: "إذا تزوجت ودخل بها الثاني فهي زوجته" ولا ترد إلى الأول وإن لم يدخل بها ردت إلى الأول.." (١)

"ص -٥٨-...فصل: حكم علي في الزبية يوافق القياس

ومما أشكل على كثير من الفقهاء من قضايا الصحابة وجعلوه من أبعد الأشياء عن القياس مسألة التزاحم وسقوط المتزاحمين في البئر وتسمى مسألة الزبية.

وأصلها أن قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد فجذب ثانيا فجذب الثاني ثالثا فجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين كرم الله وجهه وهو على اليمن فقضى للأول بربع الدية وللثاني بثلثها وللثالث بنصفها وللرابع بكمالها وقال أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "هو كما قال" رواه سعيد بن منصور في سننه ثنا أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك بن حرب عن حنش الصنعاني عن على فقال أبو الخطاب وغيره: "ذهب أحمد إلى هذا توقيفا **على خلاف القياس**".

والصواب أنه مقتضى القياس والعدل وهذا يتبين بأصل وهو أن الجناية إذا حصلت من فعل مضمون ومهدر سقط ما يقابل المهدر واعتبر ما يقابل المضمون كما لو قتل عبدا بينه وبين غيره أو أتلف مالا مشتركا أو حيوانا سقط ما يقابل حقه ووجب عليه ما يقابل حق شريكه وكذلك لو اشترك اثنان في إتلاف مال أحدهما أو قتل عبده أو حيوانه سقط عن المشارك ما يقابل فعله ووجب على الآخر من الضمان بسقطه وكذلك لو اشترك هو وأجنبي في قتل نفسه كان على الأجنبي نصف الضمان وكذلك لو رمى ثلاثة بالمنجنيق فأصاب الحجر أحدهم فقتله فالصحيح أن ما قابل فعل المقتول ساقط ويجب ثلثا ديته على عاقلة الآخرين هذا مذهب الشافعي واختيار صاحب المغني والقاضي أبو يعلى في المجرد وهو الذي قضى به علي عليه السلام في مسألة القارصة والواقصة قال الشعبي: "وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فركبت إحداهن على عنق الأخرى فقرصت الثالثة." (٢)

"ص -٦٤-...والثاني: تغريم من خرجت له القرعة ثلثي دية ولده لصاحبيه وكل منهما بعيد عن القياس فلذلك قالوا: هذا من أبعد شيء عن القياس.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٥٧/٨

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٦٤/٨

فيقال: القرعة قد تستعمل عند فقدان مرجح سواها من بينة أو إقرار أو قافة وليس ببعيد تعيين المستحق بالقرعة في هذه الحال إذ هي غاية المقدور عليه من أسباب ترجيح الدعوى ولها دخول في دعوى الأملاك المرسلة التي لا تثبت بقرينة ولا أمارة فدخولها في النسب الذي يثبت بمجرد الشبه الخفي المستند إلى قول القائف أولى وأحرى.

وأما أمر الدية فمشكل جدا فإن هذا ليس بقتل يوجب الدية وإنما هو تفويت نسبة بخروج القرعة له فيمكن أن يقال وطء كل واحد صالح لجعل الولد له فقد فوته كل واحد منهم على صاحبه بوطئه ولكن لم يتحقق من كان له الولد منهم فلما أخرجته القرعة لأحدهم صار مفوتا لنسبه على صاحبيه فأجرى ذلك مجرى إتلاف الولد ونزل الثلاثة منزلة أب واحد فحصة المتلف منه ثلث الدية إذ قد عاد الولد له فيغرم لكل من صاحبيه ما يخصه وهو ثلث الدية.

ووجه آخر أحسن من هذا: أنه لما أتلفه عليهما بوطئه ولحوق الولد به وجب عليه ضمان قيمته وقيمة الولد شرعا هي ديته فلزمه لهما ثلثا قيمته وهي ثلثا الدية وصار هذا كمن أتلف عبدا بينه وبين شركين له فإنه يجب عليه ثلثا القيمة لشريكيه فإتلاف الولد الحر عليهما بحكم القرعة كإتلاف الرقيق الذي بينهم ونظير هذا تضمين الصحابة المغرور بحرية الأمة لما فات رقهم على السيد بحريتهم وكانوا بصدد أن يكونوا أرقاء له وهذا من ألطف ما يكون من القياس وأدقه ولا تهتدي إليه إلا أفهام الراسخين في العلم وقد ظن طائفة أن هذا أيضا **على خلاف القياس** وليس كما ظنوا بل هو محض الفقه فإن الولد." (١)

"ص -١٠٠-...وثانيها قولهم العتق في الكتابة مضاف إلى التعليق فإن الكتابة الصحيحة اشتملت على تعليق ومعاوضة ولا بد فيها من ذكر التعليق فنقول كاتبتك على ألف فإن أديت فأنت حر وفي الفاسدة لا بد من التعليق والتعليق لا فساد فيه وعلى هذا تمتنع المسائل التي لزمت من أحكام المعاوضات كقبول الفسخ ولزوم القيمة له واستتباع الاكساب والأولاد

وهذا الجواب أمثل من الأول إلا أن لقائل أن يقول العتق مضاف إلى المعاوضة لا إلى التعليق قولكم يشترط أن ينص على التعليق قلنا لا نسلم بل لو نواه بقوله كاتبتك على كذا صحت الكتابة أيضا وهذا واضح وأبلغ منه قول مخرج من التدبير أن لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعليق ونيته ونظيره قول إلى اسحاق إن كان الرجل فقيها صحت الكتابة والأفد به من التعليق أو نيته ثم كيف يشترط التنصيص على التعليق

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٧٠/٨

والعتق عند الأداء يحصل لا محالة بعقد المعاوضة وتسليم العوض يقتضي تسليم ما يقابله فلا يحتاج أن يشترطه في العقد ويصير بمثابة البيع لما اقتضى بنفسه الملك لم يحتج إلى أن يقول بعتك على أن تتسلم أو تتملك

وأما المسائل فلا منع فيها وإنما منع أصحابنا استتباع الكسب والولد فحسب وأما الفسخ فغير ممتنع وقيمة نفسه واجبة وذلك من أحكام العوض دون التعليق

وثالثهما قول بعضهم الكتابة في الأصل خارجة عن القياس فألحقنا فاسدها بصحيحها لأن ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه بخلاف البيع وهذا كلام رديء فإن إلحاق فاسدها بصحيحها عين القياس ثم إنها وإن عدل بها عن القياس إلا أنه بعد ورود الشرع بها وصفت بالصحة فينبغي وصف فاسدها بالفساد وإذا ثبت فسادها والفاسد عند الشافعي مرادف للباطل وجب إلغاؤها وأن يكون لها حكم ألا ترى أن السلم والإجارة ثبتا على خلاف القياس لورودهما على معدوم ثم لما ثبت الصحيح منهما ونعت بالصحة يؤدي على الفاسد بالفساد حتى لا يثبت لفاسد كل منهما ما لصحيحه." (١)

"ص -٨٨-...المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة. وتكره للصائم.

تخليل الشعر سنة في الطهارة، ويكره للمحرم.

وقد يراعى المصلحة، لغلبتها على المفسدة.

من ذلك: الصلاة، مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة، والستر، والاستقبال فإن في كل ذلك مفسدة ؛ لما فيه من الإخلال بجلال الله في أن لا يناجى إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه، تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة.

ومنه: الكذب مفسدة محرمة ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز: كالكذب للإصلاح بين الناس، وعلى الزوجة لإصلاحها.

وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة.

القاعدة الخامسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

من الأولى: مشروعية الإجارة، والجعالة، والحوالة، ونحوها، جوزت على خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٦٧/١٥

ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة.
ومنها: ضمان الدرك، جوز **على خلاف القياس** إذ البائع إذا باع ملك نفسه، ليس ما أخذه من الثمن دينا عليه حتى يضمن. لكن لاحتياج الناس إلى معاملة. من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا.
ومنها: مسألة الصلح وإباحة النظر، للمعاملة، ونحوها، وغير ذلك.
ومن الثانية: تضبيب الإناء بالفضة: يجوز للحاجة ولا يعتبر العجز عن غير الفضة، لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعا بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى التزيين: كإصلاح موضع الكسر والشد والتوثق.
ومنها: الأكل من الغنيمة في دار الحرب، جائز للحاجة ولا يشترط للآكل أن لا يكون معه غيره.
تنبيه:
من المشكل قول المنهاج: ويباح النظر لتعليم، مع قولهم في الصداق: ولو أصدقها تعليم قرآن، فطلق قبله، تعذر تعليمه في الأصح.
وأجاب السبكي: بأنه إنما تعذر ؛ لأن القرآن، وإن أمكن تنصيفه من جهة." (١)

"ص -٨٩-...على [اقتضاء] الإيجاب وحمل الأخرى على الاستحباب.

٩٣٤- فأما ما أشرنا إليه من تشبيه هذا الضرب على رأي مالك [بالطهارات فهو] يصلح لعقد المذهب وإلا فقد مهدنا أن القياس لا يجرى في محاولة تأصيل الأصول على هذا الوجه وإنما يجري [طرف] من التشبيه في [جزيئات] النوع من غير خروج عنه.
وأما التعلق بالظاهر فأوجه ولكن الشافعي لم يعتمد في إيجاب الإيتاء مجرد الظاهر لكن عول على سير الصحابة رضي الله عنهم وما كان منهم ونقل آثارا مطابقة لمعتقده وضم إليه أن الكتابة يتضمنها إرفاق من كل وجه والإيتاء منه وقد رآه الأولون على الاطراد يتضمنها والتبرعات لا تطرد سيما في الأموال والكتابة تلزم في حق السيد ومن متضمنها الرفق المنقول وما تقرر يلزم شيئا إذا صح لم يلزم الإقدام عليه على أن لا أرى مذهب الشافعي مسألة أضيق [مسلكا] من الإيتاء.
٩٣٥- ونحن نقول وراء ذلك: أما مالك فسوى بين الكتابة وبين باب الطهارات في إثبات إيجاب الأصل ولاح على أصله [إجراء] قسم الكتابة في وضع الشرع على باب الطهارات [باحتمال] أمور خارجة عن أقيسة المعاوضات فيها والشافعي لم يوجب الكتابة وقال للشرع تعبد في الإيجاب متبع وإن لم يكن منقاسا

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٦٤/١٦

كإيجاب الطهارة وإن لم تجب النظافة وللشارع أحكام في رفع حجره وإطلاق حجر القياس اطراده كما جرى في الكتابة فكان احتمال الشرع لهذا في الكتابة **على خلاف القياس** [مضاهيا لإيجاب الشرع الطهارة **على خلاف القياس**].

ويخرج من ذلك تعادل الضربين في خروج الطرفين عن القياس فانتهض إيجاب الطهارة [محصلا] لمكرمة النظافة كما انتهض رفع الحجر في الكتابة مرعيا في تحصيل العتاقة.." (١)

"ص -٢١١-...وهذا زلل فإن إمكان تصوير ما يسقط القصاص لا يدرؤه إذا لم يكن وكان بدله ما يشابه الاشتراك في الروح فلو توجهت هذه الجهات وبعد القول في الأصل بعض البعد كان ذلك دون المرتبة الأولى المستندة إلى العلم [والقطع] فهذا واضح جدا.

ومن حكم وضوحه أنه لا يثبت له معارض إذ لو قدر له معارض لكان ناشئا من تقدير شبهة توجب المحافظة على حكمة العصمة في حق الجاني ومآخذ الشبهات ما يشير إليه المعاذير ولا عذر للجاني.

وإن حاول الخصم تسبيب المعارضة في جهة أن واحدا لم يقطع اليد بطل ذلك عليه بالنفس.

ولو رجع وزعم أن القصاص على الشركاء **على خلاف القياس** كان ذلك روم اعتراض وقد أوضحنا بطلانه والمخيلة العظمى في ظهور قياس المعنى امتناع المعارضة المحوجة إلى الترجيح.

فإن عارضوا القصاص في الطرف بقطع السرقة وشبهوا الاشتراك في قطع اليد بالاشتراك في سرقة نصاب لم يكن ما جاءوا به مأخوذا من قاعدة القصاص.

ونحن لم نعن بامتناع المعارضة انسداد المسالك البعيدة وإنما المعارضة الحاقة ما ينشأ من وضع الكلام ولا شك [في] أن قطع السرقة بعيد في أصله وتفصيله عن القصاص فإن الأصل المعتبر في قطع السرقة أخذ مال غير تافه على الاختفاء من حرز مثله والغرض بشرع القطع ردع السارق عن تناول المال والنفيس وفي النفس مزجرة عن ركوب الأخطار بسبب التافه.

وهذا المعنى يوجب نفي القطع عن الشركاء فإن كل واحد منهم على حصته من المسروق وذلك المقدار لا حاجة إلى إثبات رادع عنه.

وهذا لا يتحقق في القصاص أصلا [فيما نحن فيه] فإن معتمده الصون وتمهيد العصمة وليس في قاعدته انقسام إلى التافه والنفيس وخروج كل جان عن الاستقلال بكل الجناية لا يسقط القصاص عنه إذ لو قيل

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٥٠/٢٠

به لخرم قاعدة الصون على أنه محقق في النفس كما سبق.

١٢٧٠- وإذا لم تكن المعارضة على حقها في منشأ الاجتهاد لم ينتظم فرق." (١)

"ص -١٣٩-...للقربة والكفر ينافيها لأنا نقول بعد التضعيف صار في حكم الخراج الذي هو من خواص الكفار وخلا عن وصف القربة "ويجاب بأنها" أي الصدقة المأخوذة من بني تغلب هي في المعنى "جزية سميت بذلك" أي بكونها صدقة مضاعفة "بالتراضي لخصوص عارض" فإن بني تغلب بكسر اللام عرب نصارى قال القاسم بن سلام في كتاب الأموال هم يعني عمر أن يأخذ منهم الجزية فنفروا في البلاد فقال النعمان بن زرعة أو زرعة بن النعمان لعمر: يا أمير المؤمنين إن بني تغلب قوم عرب يأنفون من الجزية وليست لهم أموال إنما هم أصحاب حروث ومواش ولهم نكاية في العدو فلا تعن عدوك عليك بهم قال: فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن يضعف عليهم الصدقة واشترط عليهم أن لا ينصروا أولادهم وفي رواية عنه هذه جزية سموها ما شئتم وإنما اختلف الفقهاء في أنها هل هي جزية على التحقيق من كل وجه؟ فقيل: نعم حتى لو كان للمرأة والصبي نقود أو ماشية لا يؤخذ منهما شيء وهو قول الشافعي ورواية الحسن عن أبي حنيفة قال الكرخي: وهي أقيس لأن الواجب عليهم كان الجزية فإذا صولحوا على مال جعل واقعا موقع المستحق وقيل لا بل هي واجبة بشرائط الزكاة وأسبابها وهو ظاهر الرواية لأن الصلح وقع على ذلك ومن ثمة لا يراعى فيها وصف الصغار والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية والمرأة من أهلها ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون بخلاف أرضهما لأن العشر ليس بعبادة محضة ليخص العقلاء البالغين فيؤخذ من أرضهما وقد أجاب أبو يوسف من قبل أبي حنيفة بأن التضعيف ثبت بالإجماع **على خلاف القياس** في قوم معينين للضرورة السالفة وهي منتفية هنا فلا يصار إليه مع إمكان ما هو الأصل في الكافر وهو الخراج فالصحيح ما قاله أبو حنيفة كما ذكره فخر الإسلام وغيره وهذا هو القسم الثالث.." (٢)

"ص -١٦٨-...لأن غير المال لا يرد العقد عليه كالميتة والدم وأشار إلى دفعه بقوله "ورود العقد عليها لتحقق الحاجة" أي ثبت تقومها في العقد لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكما **على خلاف القياس** بأن أقيم

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٣١/٢٠

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٨٤/٢٣

العين مقامها وأضيف العقد إليه. ومن ثمة لا يجوز إضافته إلى المنافع حتى لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا لا يصح وليس مثل هذه الضرورة في ضمان العدوان فيبقى على الحقيقة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها هنا أيضا؛ لأن في القول بعدم وجوب الضمان انفتاح باب الظلم وإبطال حق الملاك بالكلية أجيب بالمنع فإن الحاجة فيما يكثر وجوده لا فيما يندر والعدوان مما يندر فإنه منهي عنه وسبيله عدم الوجود "ولم ينحصر دفعها" أي حاجة دفع العدوان "في التضمين بل الضرب والحبس أدفع" للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي تعزيرا له على عدوانه على أن ضمان المنافع بالعقد لو كان على وفق القياس لا يصح قياس العدوان عليه للفرق المؤثر بينهما فإن ضمان العقد إنما وجب بالتراضي وللرضا أثر في إيجاب أصل المال بمقابلة ما ليس بمال كما في الخلع والصلح عن دم العمد، وفي إيجاب الفضل أيضا. كما لو باع شيئا بأضعاف قيمته فإنه يصح ويجب على المشتري الفضل على القيمة لرضاه به وضمان العدوان ينبى على أوصاف العين من الجودة والرداءة بجبر القاضي لا على التراضي فانتفى الجامع بينهما ولا يبطل حق المالك بل يتأخر إلى الدار الآخرة هذا، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى الكبرى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي جامع الفتاوى نقلا عن المحيط الصحيح لزوم الأجران معدا للاستغلال بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع." (١)

"فصار أداء الإيمان في حقه كتعجيل الزكاة من المكلف بعد سبب وجوبها قبل وجوب أدائها عليه "فإن قيل مثله" أي جواز تعجيل الحكم بعد تحقق سبب وجوبه قبل وجوب أدائه "يتوقف على السمع"؛ لأن سقوط ما سيجب إذا وجب بفعل قبل الوجوب **على خلاف القياس** "قلنا" نعم وقد وجد وهو "إسلام علي رضي الله عنه" إذ أخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال أسلم علي وهو ابن ثمان سنين والحاكم من طريق ابن إسحاق أنه أسلم وهو ابن عشر سنين وعن ابن عباس دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية إلى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة. وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم ابن سبع أو ثمان سنين وقال شيخنا الحافظ فعلى هذا يكون عمره حين أسلم خمس سنين؛ لأن إسلامه كان في أول المبعث ومن المبعث إلى بدر خمس عشرة فلعل

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٥٠/٢٣

فيه تجوزا بإلغاء الكسر الذي فوق العشرين حتى يوافق **قول** عروة قالوا وصحح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه وكأنه مأخوذ من إقراره له على ذلك وقد أخرج الحاكم عن عفيف بن عمرو أن العباس قال له في أول المبعث لم يوافق محمدا على دينه إلا امرأته خديجة وهذا الغلام علي بن أبي طالب قال عفيف فرأيتهم يصلون فوددت أني أسلمت حينئذ فأكون ربع." (١)

"أن يعتد بها مع النوم وقال شيخنا المصنف إنه الأوجه والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصلاة وهو كاف ألا يرى أنه لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه يجزئه ا هـ قلت وهو يفيد أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزئه وقد نصوا على أنه لا يجزئه وفي المبتغى ركع وهو نائم لا يجوز إجماعا فإن فرق بينها وبينهما بأنهما ركنان أصليان لا يسقطان بحال بخلافها فلا نسلم أن هذا مؤثر في الاعتداد بها دونهما في هذه الحالة وفي هذا مزيد بحث وفوائد أوردته في كتابي حلبة المجلي في شرح منية المصلي ثم عطف على أن قراءته "وأن لا تفسد قهقهته الوضوء ولا الصلاة وإن قيل إن أكثر المتأخرين" وفي المغني عامتهم على أن قهقهته "تفسدهما" أي الوضوء والصلاة أما الوضوء فلثبوت كونها حدثا في صلاة ذات ركوع وسجود بالنص وقد وجدت ولا فرق في الإحداث بين النوم واليقظة قلت وفيه نظر فإن ذلك في الحدث الحقيقي، وهي حدث حكمي ثابت **على خلاف القياس** في حق المستيقظ لمعنى معقول وهو الجناية على العبادة الخاصة بخصوص هذا الفعل وهو مفقود فيها نائما فلا يكون حدثا وأما الصلاة فلأن في القهقهة معنى الكلام والنوم كاليقظة فيه عند الأكثر، ووجه مختار فخر الإسلام وموافقيه وقد نص شيخنا المصنف في فتح." (٢)

"على أن الإمام شمس الأئمة ذكر في كتاب الإكراه في التلجئة أنهما لو تواضعا في النكاح على ألف سرا ثم عقدا علانية بألفين كان النكاح جائزا بألف ثم قال، وكذا الطلاق على مال والعتاق وعليه، ولم يذكر خلافا فعلى هذا كان الطلاق على مال مثل النكاح إذا كان الهزل في قدر البدل "وعنده" أي أبي حنيفة في البناء في الأوجه الثلاثة الهزل بأصل التصرف أو بقدر البدل فيه أو بجنسه "يتوقف الطلاق على مشيئتها" أي اختيار المرأة الطلاق بالمسمى على طريق الجد وإسقاط الهزل كما يتوقف وقوعه في خيار الشرط في الخلع من جانبها على اختيارها؛ لأن الهزل بمنزلة خيار الشرط عنده لكنه في الخلع غير مقدر بالثلاث

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٥٣/٢٣

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤٨٣/٢٣

بخلاف البيع؛ لأن الشرط في الخلع على وفاق القياس؛ لأنه من قبيل الإسقاط فإنه طلاق فيجوز تعليقه بالشرط مطلقا من غير تقييده بمدة فلها النقض والإجازة مؤبدا وأما في البيع **فعلى خلاف القياس**؛ لأنه من قبيل الإثبات وتعليقه غير جائز لكن الجواز ثبت بالنص مقدرا بالثلاث فيقتصر عليه قيل ينبغي أن يكون الخيار في الخلع أيضا مقدرا بالثلاث؛ لأن ثبوته من جانبها باعتبار معنى المعاوضة أجيب بأنه إنما يلزم أن لو كان المال فيه مقصودا لا تابعا وهو هنا تابع في الثبوت للطلاق والاعتبار للمتبوع دون التابع فلا يتقدر بالثلاث كذا في شرح البديع." (١)

""منها لحكم الأصل أن لا يكون" حكم الأصل "معدولا" به وحذفه مع أن العدول وهو الميل عن الطريق لازم فلا يبنى منه المجهول والمفعول إلا بالباء مسامحة لكثرة استعماله أن لا يكون حكمه مائلا أو كما في التلويح لا يبعد أن يجعل من العدل وهو الضرب فيكون متعديا فلا حاجة إلى تقدير الجار والمجرور والاعتذار عن حذفه أي أن لا يكون حكمه مصروفا "عن سنن القياس" أي طريقة لأنه متى كان عادلا عنه لم يكن القياس عليه علة لعدم حصول المقصود به فإن المقصود من حكم الأصل إثبات ذلك الحكم في الفرع بالقياس على الأصل ومتى كان ثبوته **على خلاف القياس** كان القياس ردا لذلك الحكم ودفعا له فلم يمكن إثباته به إذ لا يمكن إثبات الشيء بما يقتضي عدم ثبوته وحكم الأصل الجاري على سنن القياس "أن يعقل معناه" أي حكم الأصل "ويوجد" معناه "في آخر فما لم يعقل" معناه "كأعداد الركعات" في الصلوات من المكتوبات والواجبات والمندوبات "والأطوفة" أي وكأعداد الأشواط وهي سبعة في أصناف الأطوفة المشروعات "ومقادير الزكاة" من ربع العشر في النقدين وغيره في غيرهما من أنواع الأموال كما هو مسطور في الكتب الفقهيات "وبعض ما خص بحكمه" أي ما يكون حكم الأصل مخصوصا به "كالأعرابي بإطعام كفارته أهله" وهو." (٢)

"[الشورى: ٤٠] لانتفائها بين المضمون والمضمون به حينئذ فإن قيل فيلزم على هذا أن يضمن ما يتسارع إليه الفساد من فاكهة أو غيرها بالنقد إذ لا مماثلة بينهما من حيث البقاء والإجماع على خلافه قلنا لا فإن الشرط في المماثلة المشروطة بين المضمون والمضمون به المساواة في المالية وقد عرفت انتفاءها بين المنافع والأعيان "بخلاف الفاكهة مع النقد" فإنها متحققة بينهما "لاتصافها بالاستقلال بالوجود والبقاء"

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٤١/٢٤

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٣٣/٢٥

وإنما التفاوت بينهما في قدر البقاء "والتفاوت في قدره لا يعتبر" لأن قدره غير مضبوط فإن الدراهم تبقى ما لا يبقى غيرها من الثياب وغيرها فأدير الحكم على نفس البقاء دفعا للحرج. "وسره" أي عدم اعتبار المساواة في البقاء "أن اعتبار المساواة لإيجاب البدل إنما هو حال الوجوب" للبدل "لأنه" أي حال الوجوب "حال إقامة أحدهما مقام الآخر والتساوي" بينهما "فيه" أي في حال الوجوب "إذ ذاك" أي حال **ال**وجوب "ثابت ومنه" أي كون الأصل مخصوصا بحكمه بالنص فلا يبطل بالتعليل "حل متروك التسمية ناسيا" فإنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم "المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر الله ثم ليأكل " رواه الدارقطني والبيهقي إلى غير ذلك "**على خلاف القياس** على ترك شرط الصلاة" من طهارة أو غيرها." (١)

"ص -١٧٦-...كما أشار إليه بقوله "وإلحاق غير الماء به" أي الماء في إزالة النجاسة الحقيقة إنما هو "للعلم بأن المقصود" للشارع من الأمر بغسل الثوب به "الإزالة" للنجاسة "لا الاستعمال" للماء من حيث هو "وإن نص" الشارع "على الماء في قوله واغسليه بالماء" وإنما قلنا للعلم بأن المقصود الإزالة "للاكتفاء" أي للإجماع على الاكتفاء عن استعماله "بقطع محلها" أي النجاسة في إسقاط هذا الواجب ولو كان استعماله واجبا لعينه لم يسقط بذلك "فيتعدى" هذا الحكم وهو طهارة الثوب النجس بغسله بالماء المطلق الطاهر "إلى كل مزيل" قالع طاهر بماء كان أو غيره وإنما نص على الماء لأنه الغالب مع ما فيه من اليسر لسهولته وكثرته. فإن قيل فينبغي أن تجوز إزالة الحدث أيضا بالمائع المذكور وإن نص على إزالته بالماء لعين هذا المعنى وليس كذلك إجماعا فالجواب لا لكون إزالته الخبث بالماء معقول المعنى "بخلاف" إزالة "**ال**حدث" به فإنه غير معقول المعنى إذ "ليس" الحدث "أمرا محققا" على الأعضاء "يزال" بالماء "بل" هو "اعتبار" شرعي اعتبر قائما بالأعضاء ثم "وضع الماء لقطعه" بأن تعبده بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح برأسه لذلك وإلا فالماء إنما يزيل الأجرام الحسية لا الأمور المعنوية "فاقتصر على ما علم قطع الشارع اعتباره" أي الحدث "عنده" أي استعمال الماء ولا يقال لا يقاس المائع الطاهر القالع على الماء في هذا لأن الطهارة به **على خلاف القياس** إذ مقتضاه أن يتنجس الماء بملاقاة النجاسة فتخلف النجاسة البلة النجسة. وكذا في المرة الثانية وهلم جرا إلا أن الشارع أسقط هذا لتحقق الإزالة الشرعية لأنا نقول كما قال المصنف "وإذ سقط التنجس بالملاقاة فيه" أي في الماء "لتحقق الإزالة سقط" التنجس بالملاقاة "في

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٤٣/٢٥

غيره" أي الماء من المائعات الطاهرة القالعة "لذلك" أي لتحقق الإزالة فإن الحكم بالتطهير لا يتصور بدونها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم "وما يقال" سقط مقتضى." (١)

"خرج فيكون ظنه مجرد جهل، وهو لا يكون عذرا في دار الإسلام، وأما الثاني فلتعاضد علمه بكون الحديث على غير ظاهره، أو نسخه مع كون الفطر بها **على خلاف القياس** على وجوب الكفارة لانتفاء الشبهة حينئذ في وجوبها قالوا: وإن علم أن بعض العلماء قال بالفطر بها ولكن في هذا نظر "ومن زنى بجارية والده"، أو والدته "أو زوجته يظن حلها لا يحد" عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: يحد للوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه، أو عمه على ظن الحل وهم يقولون لا يحد "للاشتباه"؛ لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال فظنه حل الاستمتاع بأمتهم اعتماد على شبهة في ذلك فاندرأ الحد بها بخلاف الأخ، والعم، فإنه لا انبساط لكل منه، ومنهما في مال الآخر فدعوى ظنه الحل ليست معتمدة على شبهة فلا تعتبر "ولا يثبت نسب" بهذا الوطء، وإن ادعاه الواطئ "ولا عدة" أيضا على الموطوءة بهذا الوطء "لما" عرف "في موضعه" من أنه تمحض زنا إذ لا حق له في المحل، والولد للفراش وللعاهر الحجر ولا عدة من الزنا، وهذه إحدى الشبهتين الدارئتين للحد عندهم وتسمى شبهة في الفعل وشبهة اشتباه؛ لأنها إنما تؤثر في سقوط الحد على من اشتبه عليه لا على من لم يشتبه عليه كقوم سقوا خمرا على مائدة فمن علم بها." (٢)

"ص -٢١٣-...فقد نازع من منع منه واستدل على جوازه باشتراط النبي صلى الله عليه وسلم ظهر البعير لجابر وبحديث بريرة وبأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن شرطين في بيع مع أن حديث جابر فيه استثناء بعض منفعة المبيع وهو نقص لموجب العقد المطلق واشتراط العتق فيه تصرف مقصود مستلزم لنقص موجب العقد المطلق

فعلم أنه لا يفرق بين أن يكون النقص في التصرف أو في المملوك واستدلاله بحديث الشرطين دليل على جواز هذا الجنس كله ولو كان العتق **على خلاف القياس** لما قاسه على غيره ولا استدل عليه بما يشمله وغيره

وكذلك قال أحمد بن الحسين بن حسان سألت أبا عبد الله عمن اشترى مملوكا واشترط هو حر بعد موتي

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٦٢/٢٥

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٥٦/٢٦

قال هذا مدبر فجوز اشتراط التدبير كالعتق ولأصحاب الشافعي في شرط التدبير خلاف صحح الرافعي أنه لا يصح

و كذلك جوز اشتراط التسري فقال أبو طالب سألت أحمد عن رجل اشترى جارية بشرط أن يتسرى بها تكون نفيسة يحب أهلها أن يتسرى بها ولا تكون للخدمة قال لا بأس به فلو كان التسري للبائع وللجارية فيه مقصود صحيح جوزه

وكذلك جوز أن يشترط بائع الجارية ونحوها على المشتري أنه لا يبيعها لغير البائع وأن البائع يأخذها إذا أراد المشتري بيعها بالثمن الأول كما رووه عن عمر وابن مسعود وامرأته زينب

وجماع ذلك أن المبيع الذي يدخل في مطلق العقد بأجزائه ومنافعه يملكان اشتراط الزيادة عليه كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: "من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع" فجوز للمشتري اشتراط زيادة على موجب العقد المطلق وهو جائز بالإجماع ويملكان اشتراط النقص منه بالاستثناء كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم فدل على جوازها إذا." (١)

"٣ تندرج صور الوقائع تحت أصل واحد، وتتفق في الحكم إذا كانت متماثلة من كل وجه له مناسبة بالحكم، فإذا اختلف بعض المسائل في الحكم؛ عرفنا أنها لم تكن متماثلة تماثلا تاما، وأن اختلافها في الحكم كان لوجه يفرق بينها في نفس الأمر؛ فوصف بعض الفقهاء العرايا ونحوها بأنها مخالفة للقياس أو خارجة عن الأصل لا يصح إلا إذا أرادوا القياس أو الأصل الذي يتراءى لهم في بادئ النظر "خ". قلت: حقق ابن تيمية في "مجموع الفتاوى" "٢٠/ ٥٥٥" وتلميذه ابن القيم في "إعلام الموقعين" أنه لم يثبت شيء في الشريعة **على خلاف القياس**.

٤ بعدها في "ط" وحدها كلمة لم نتبينها.

٥ لا يرد على هذا اختلاف الأحكام عند اختلاف العرف والعادة؛ فإنه ليس باختلاف في أصل الخطاب، وتحقيقه أن العوائد إذا اختلفت؛ رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يختص بها وينطبق حكمه عليها "خ".." (٢)

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٢٣٦/٢٩

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ١٦٢/٣٤

"٦ في "إعلام الموقعين" "المجلد الثاني إلى ص ١٣٠" أجوبة سديدة عن أكثر ما ذكره هنا، وأثبت فيه بما لا مزيد عليه أنه لم يثبت شيء في الشريعة **على خلاف القياس**." (١)

"ص -٢٧٨-...فهذه العلة معلومة قطعا، فلا تنتقض بهذه الصورة، ولا يكلف المستدل الاحتراز عنها.

وكذلك لو كانت العلة مظنونة، كإباحة بيع العرايا١ نقضا لعلة من يعلل الربا بالكيل، أو الطعم، فإن مستثنى أيضا، بدليل: وروده على علة كل معلل، فلا يوجب نقضا على القياس، ولا يفسد العلة، بل يخصصها بما وراء الاستثناء، فيكون علة في غير محل الاستثناء.

ولا يقبل قول المناظر: إنه مستثنى، إلا أن يبين ذلك للخصم بكونه على خلاف قياسه أيضا، أو بدليل يصلح لذلك٢.

= لأنه إنما يجب الاحتراز عما ورد نقضا وهذا ليس كذلك. انظر: شرح مختصر الروضة "٣/ ٣٢٨".

١ روى البخاري ومسلم، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا". رواه البخاري: كتاب البيوع، باب المزابنة، وباب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل من كتاب المساقاة، ومسلم: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

٢ لأنها دعوى، فتحتاج إلى دليل يثبتها.

قال الشيخ الطوفي: "واعلم أن قول الفقهاء: هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس، أو خارج عن القياس، أو ثبت **على خلاف القياس**، ليس المراد به بأنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به: أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي.

فمن ذلك: أن القياس عدم بيع المعدوم، وجاز ذلك في السلم، والإجارة توسعة وتيسيرا على المكلفين.

ومنه: أن القياس أن كل واحد يضمن جناية نفسه، وخولف في دية الخطإ رفقا بالجاني، وتخفيفا عنه، لكثرة وقوع الخطإ من الجناة.." (٢)

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٨٦/٤٠

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٣٠٨/٤٧

"ص -١٥٦-...لا تجبر بأمثالها ولا تختلف جوابرها باختلاف الأوصاف في الحسن والقبح والفضائل والرذائل، وإنما تختلف باختلاف الأديان والذكورة والأنوثة: فيجبر المسلم بمائة من الإبل والمسلمة بخمسين من الإبل، ويجبر اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم، وتجبر اليهودية والنصرانية بسدس دية المسلم، ويجبر المجوسي بثمانمائة درهم والمجوسية بأربعمائة درهم ولا عبرة في جبر الأموال بالأديان فيجبر العبد المجوسي الذي يساوي ألفا بألف، ويجبر العبد المسلم الذي يساوي مائة بمائة، لأن المجبور هو المالية دون الأديان.

وأما الجراح فضربان: أحدهما ما يصل إلى العظام في الوجه أو الرأس وأرشه مقدر لا يزيد ولا ينقص بسبب طوله ولا قصره ولا ضيقه ولا اتساعه وهذا بخلاف الأموال.

الضرب الثاني: ما تجب فيه الحكومة من الجراح وهو على قياس الإتلاف يجبر بأرش النقص من المجني عليه لو كان عبدا سليما ومجنيا عليه وبحسب ما بينهما ولكن بالنسبة إلى الدية دون القيمة. وأما أعضاء بني آدم فإنها تجبر بالدية تارة وبمقدر ينسب إلى الدية تارة، ولو وقع مثله في الدواب لم يجبر بمقدر وجبر بما ينقص من قيمة السالم من الجناية. ولو وجب في الإنسان ديات ثم مات بسرايتها لعادت الديات إلى دية واحدة، ولو فرض مثل ذلك في أعضاء الحيوان ثم مات بالسراية لجبر بقيمته يوم موته ولم يسقط شيئا من أروش أعضائه، لأن الغالب على جنايات الأناس التعبد الذي لا يوقف على معناه، والحكومات وإن كانت على وفق القياس من وجه فهي **على خلاف القياس** من جهة نسبتها إلى الديات. وقد سوى الشرع بين أرش إبهام اليد اليمنى وخنصرها مع ما بينهما من التفاوت في المنفعة، وكذلك سوى بين أرش إبهام الرجل اليمنى وخنصرها مع التفاوت الظاهر، وكذلك سوى بين أرش أصابع اليدين وأرش أصابع الرجلين مع بقاء معظم منافع الرجلين وفوات معظم منافع اليدين، وأعظم من." (١)

"ص -٦٣- ... القاعدة الرابعة: يصح القياس على ما ثبت خلافا للأصل

قال السمعاني في قواطع الأدلة "١/١١٩": يجوز القياس على أصل مخالف في نفسه الأصول بعد أن يكون ذلك الأصل ورد به الشرع ودل عليه الدليل.. ثم قال "ص ١٢١": والمعتمد أن ما ورد به الخبر صار أصلا بنفسه فالقياس عليه يكون كالقياس على سائر الأصول.

وقال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى "٢٠/٥٥٥": فذهب طائفة من الفقهاء إلى أن ما ثبت **على**

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٥٣/٢٠٢

خلاف القياس لا يقاس عليه، ويحكى هذا عن أصحاب أبي حنيفة، والجمهور أنه يقاس عليه، وهذا هو الذي ذكره أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما، وقالوا: إنما ينظر إلى شروط القياس فما علمت علته ألحقنا به ما شاركه في العلة، سواء قيل: إنه على خلاف القياس أو لم يقل، وكذلك ما علم انتفاء الفارق فيه بين الأصل والفرع، والجمع بدليل العلة كالجمع بالعلة، وأما إذا لم يقم دليل على أنه كالأصل فهذا لا يجوز فيه القياس، سواء قيل إنه على وفق القياس أو خلافه، ولهذا كان الصحيح أن العرايا يلحق بها ما كان في معانيها، وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء على خلاف القياس الصحيح، بل ما قيل: إنه على خلاف القياس: فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها واقتضى مفارقته لها في الحكم، وإذا كان كذلك فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه كحكمه، وإلا كان من الأمور المفارقة له. انتهى.." (١)

"ص -٣٠٠- ... إمامة أبي بكر قياسا على تقديمه في الصلاة. والثاني: أنه جائز ولكنه غير واقع. والثالث: إن كان القياس جليا جاز وإلا فلا. والرابع: ممتنع مطلقا، واقتصر المصنف على ذكر الخلاف في الجواز واختاره أنه يجوز مطلقا، واستدل عليه بأن الأمارة مبدأ الحكم الشرعي، أي: طريق إليه فجاز أن تكون سندا للإجماع بالقياس على الدليل، واستدل المانعون بوجهين أحدهما: أن الإجماع منعقد على أنه يجوز للمجتهد مخالفة الأمارة، فلو صدر الإجماع عنها لكان يلزم جواز مخالفته؛ لأن مخالفة الأصل تقتضي مخالفة الفرع، لكن مخالفة الإجماع ممتنعة اتفاقا كما مر. وأجاب المصنف بأنه إنما يجوز مخالفة الأمارة قبل الإجماع على حكمها، وأما إذا اقترن بها الإجماع فلا لاعتضادها به. الثاني: أن العلماء مختلفون في الاحتجاج بالقياس، وذلك مانع من انعقاد الإجماع عنها؛ لأن من لا يعتقد حجيتها من المجتهدين لا يوافق القائل بحجيتها، وجوابه أن ذلك منقوض بالعموم وخبر الواحد، فإن الخلاف قد وقع في حجيتها كما تقدم في موضعه مع جواز صدور الإجماع عن كل منهما اتفاقا. الفرع الثاني: الإجماع الموافق لمقتضى حديث لا يجب أن يكون صادرا عنه؛ لأنه يجوز اجتماع دليلين على المدلول الواحد. وحينئذ فيجوز أن يكون سند الإجماع دليلا غير ذلك الحديث. وقال أبو عبد الله البصري: يجب استناده إليه، ونقله ابن برهان في الأوسط عن الشافعي؛ لأنه لا بد له من سند كما تقدم، وقد تيقنا صلاحية هذا له، والأصل عدم غيره. وقال القاضي عبد الوهاب المالكي في ملخصه: إن كان الخبر متواترا، فلا خلاف في وجوب استناده

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا ، ٦١/٥٦

إليه، وإن كان الآحاد، فإن علمنا ظهور الخبر بينهم وأنهم عملوا بموجبه لأجله فلا كلام، وإن علمنا ظهوره بينهم وأنهم عملوا بموجبه ولكن لم نعلم أنهم عملوا لأجله، ففيه ثلاثة مذاهب ثالثها: إن كان **على خلاف القياس** فهو مستندهم وإلا فلا، وإن لم يكن ظاهرا بينهم لكن عملوا بما يتضمنه فلا يدل على." (١)

"ص -٣٣٨- ... لا يقدح في كون العام حجة، فكذا النقض لا يقدح في كون الوصف علة، والجامع بينهما هو الجمع بين الدليلين المتعارضين، فإن مقتضى العلة ثبوت الحكم في جميع مجالها، ومقتضى المانع عدم ثبوته في بعض تلك الصور، فيجمع بينهما بأن ترتيب الحكم على العلية فيما عدا صورة وجود المانع، كما أن مقتضى العام ثبوت حكمه في جميع أفراده، ومقتضى المخصوص عدم ثبوته في بعضها، وقد جمعنا بينهما فالنقض للمانع المعارض العلة كالتخصيص للمخصص والمعارض للعام. الدليل الثاني: أن ظن العلة باق إذا كان التخلف المانع؛ لأن التخلف والحالة هذه يسنده العقل إلى المانع لا العدم المقتضي، بخلاف التخلف لا المانع، فإن العقل يسنده إلى العدم المقتضي؛ لأن انتفاء الحكم إما لانتفاء العلة أو لوجود المانع. والثاني: منتف فتعين الأول، وحينئذ فيزول ظن العلية، وإذا بقي الظن بعلية الوصف مع النقض لمانع لم يكن قادحا بخلاف ما إذا انتفى لأن المراد بالعلية هو الظن بها. قوله: "قيل: العلة" أي: احتج القائلون بأن النقض يقدح مطلقا بأن العلة هو ما يستلزم الحكم، والوصف مع وجود المانع لا يستلزمه فلا يكون علة، وحينئذ فيكون النقض مع المانع قادحا، وإذا قدح مع المانع قدح مع عدمه بطريق الأول، وعبر المصنف عن حالة وجود المانع بقوله: وقيل: انتفاء المانع، وهي عبارة ركيكة، وأجاب المصنف بأنا لا نسلم أن العلة هو ما يستلزم الحكم، بل العلة عندنا هو ما يغلب على الظن وجود الحكم بمجرد النظر إليه، وإن لم يخطر بالبال وجود المانع أو عدمه. قوله: "والوارد... إلخ" يعني: أن ما تقدم جميعا فمحله فيما إذا لم يكن النقض الوارد بطريق الاستثناء، فإن كان مستثنى أي: ناقضا لجميع العلل، واردا **على خلاف القياس**، لازما لجميع المذاهب فإنه لا يقدح، كما جزم به المصنف، وقال في الحاصل: إنه الأصح ونقله في المحصول عن قوم، ولم يصرح بمخالفتهم ولا موافقتهم، ومثال ذلك العرايا وهو بيع الرطب." (٢)

"وقوله بجواز المساقاة والمزارعة على الأرض البيضاء والتي فيها شجر وسواء كان البذر منهما أو من أحدهما وجواز ما يشبه ذلك وإن كان من باب المشاركة ليس من باب الإجارة ولا هو **على خلاف القياس**

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول، ٢/١١٣

(٢) نهاية السول شرح منهاج الوصول، ٢/١٩٠

ونظير هذا كثير . وأما ما يسميه بعض الناس مفردة لكونه انفرد بها عن أبي حنيفة والشافعي مع أن قول مالك فيها موافق لقول أحمد أو قريب منه وهي التي صنف لها الهراسي ردا عليها وانتصر لها جماعة كابن عقيل والقاضي أبي يعلى الصغير وأبي الفرج ابن الجوزي وأبي محمد بن المثنى : فهذه غالبها يكون قول مالك وأحمد أرجح من القول الآخر وما يترجح فيها القول الآخر يكون مما اختلف فيه قول أحمد وهذا : كإبطال الحيل المسقطة للزكاة والشفعة ونحو ذلك الحيل المبيحة للربا والفواحش ونحو ذلك وكاعتبار المقاصد والنيات في العقود والرجوع في الأيمان إلى سبب اليمين وما هيجها مع نية الحالف، وكإقامة الحدود على أهل الجنايات كما كان النبي صلى الله عليه وسلم وخلفاؤه الراشدون يقيمونها كما كانوا يقيمون الحد على الشارب بالرائحة والقيء ونحو ذلك وكاعتبار العرف في الشروط وجعل الشرط العرفي كالشرط اللفظي والاكتفاء في العقود المطلقة بما يعرفه الناس وأن ما عده الناس بيعا فهو بيع وما عدوه إجارة فهو إجارة وما عدوه هبة فهو هبة وما عدوه وقفا فهو وقف لا يعتبر في ذلك لفظ معين ومثل هذا كثير .." (١)

"لمعنى الإحياء فلا يكون المال مثلا إلا أن القاتل إنما يلتزم في الصلح الدية بمقابلة ما هو من أصول حوائجه فهو محتاج إلى هذا الصلح لإبقاء نفسه وحاجته مقدمة على حق الوارث فلهذا يعتبر من جميع المال .

قوله (وإنما شرعت الدية) جواب عن الخطأ الذي هو المقيس عليه للخصم فقال لا يجوز القياس على الخطأ ؛ لأن وجوب المال ورد **على خلاف القياس** لصيانة الدم عن الهدر وإظهار خطر المحل وما في الشهادة إراقة دم ليصان بالضمان بل فيها إبطال ملك القصاص بإثبات العفو والعفو مندوب إليه فيكون إهداره جائزا بهذا الطريق وهو العفو بل حسنا لقوله تعالى { ولمن صبر وغفر إن ذلك لمن عزم الأمور }
.

ولأن القصاص حياة حكما وفي العفو حياة حقيقة فلا يمكن إيجاب الضمان لمعنى الصيانة وصار كأن الشهود أثنوا عليه بفعل مندوب والمراد من الإهدار ههنا عدم إيجاب شيء من المال بمقابلته قوله (ولهذا أي ولما بينا أن ما ليس بمال) متقوم لا يضمن بالمال قلنا إذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى يضمنان للزوج

---

(١) وجوب تحكيم الرسول صلى الله عليه وسلم في كل شيء من أحوالنا، ٢/١٠

مهر مثلها وكذلك إن قتل رجل منكوحة رجل لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي يضمن مهر المثل للزوج .

، وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعنده له مهر المثل عليها كذا في المبسوط ، وذكر في إشارات الأسرار للشيخ أبي الفضل الكرماني رحمه الله في." (١)

"فأما إذا كان ظهر حديثه ولم يظهر من السلف إلا الرد لم يقبل حديثه وصار مستنكرا لا يعمل به **على خلاف القياس** وصار هذا غير حجة يحتمل أن يكون حجة على العكس من المشهور أنه حجة يحتمل شبهة عند التأمل وأما إذا لم يظهر حديثه في السلف فلم يقابل برد ، ولا قبول لم يترك به القياس ولم يجب العمل به لكن العمل به جائز ؛ لأن العدالة أصل في ذلك الزمان ولذلك جوز أبو حنيفة رحمه الله القضاء بظاهر العدالة من غير تعديل حتى أن رواية مثل هذا المجهول في زماننا لا تحل العمل به لظهور الفسق فصار المتواتر يوجب علم اليقين والمشهور علم طمأنينة وخبر الواحد علم غالب الرأي والمستنكر منه يفيد الظن { وإن الظن لا يغني من الحق شيئا } والمستتر منه في حيز الجواز للعمل به دون الوجوب والله أعلم ومثال المستنكر مثل حديث { فاطمة بنت قيس أن النبي عليه السلام لم يجعل لها نفقة ، ولا سكنى } فقد رده عمر رضي الله عنه فقال لا ندع كتاب ربنا ، ولا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت أحفظت أم نسيت قال عيسى بن أبان فيه أنه أراد بالكتاب والسنة القياس وقد رده غيره من الصحابة أيضا وكذلك حديث بسرة بنت صفوان في مس الذكر من هذا القسم ؛ وإنما جعل خبرا لعدل حجة بشرائط في الراوي .

S." (٢)

"بخبر الواحد كسائر الشرائع وتحقق الشبهة في خبر الواحد غير مانع عن قبوله في هذا الباب كتحقق الشبهة في البينات لا يمنع من ذلك ، وهو معنى قوله خبر الواحد يفيد من العلم ما يصح العمل به ، ألا ترى أنها يثبت بدلالة النص ؛ فإن الرجم في حق غير ماعز ثابت بالدلالة مع أن الدلالة دون الصريح ؛ لأنها غير ثابتة بالنظم ولبقاء الاحتمال فيها حتى ترجح الصريح عليها فعرفنا أن مجرد الاحتمال غير معتبر في هذا الباب ، واحتج الفريق الثاني بأن مبنى الحدود على الإسقاط بالشبهات بالنص وخبر الواحد فيه شبهة

---

(١) كشف الأسرار، ٤٦٧/١

(٢) كشف الأسرار، ٤٢٤/٤

بالاتفاق فلا يجوز إثباتها به كما لا يجوز بالقياس فأما إثباتها بالبينات فجوز بالنص الموجب للعلم على خلاف القياس ، وهو قوله تعالى { فاستشهدوا عليهن أربعة منكم } ، وقد انعقد الإجماع على ذلك أيضا فكان ثبوتها مضافا إلى النص والإجماع فيجوز ومن رجح القول الأول قال خبر الواحد صار حجة بدلائل موجبة للعلم أيضا من إجماع الصحابة وسائر الدلائل التي مر تقريرها فكان مثل الشهادة من غير فرق فيثبت به الحدود ، ألا ترى أن القصاص يثبت بخبر الواحد ؛ فإن علماءنا تمسكوا في قتل المسلم بالذمي بخبر مرسل ، وهو ما روي { أن النبي عليه السلام أقاد مسلما بكافر ، وقال : أنا أحق بمن وفى ذمته }

.

وثبت قتل الجماعة بالواحد بأثر عمر رضي الله عنه ، وهو دون خبر الواحد ولما ثبت القصاص به يثبت الحدود أيضا ؛ لأنه لا فرق بينهما من حيث إن كل واحد يسقط بالشبهة فإن." (١)

"الأصل .

وذلك كقياس الشافعي الوضوء على التيمم في الانتقال إلى النية ، فإن شرعية التيمم ثابتة بعد شرعية الوضوء فلا يجوز تعدية الحكم منه إلى الوضوء واعلم أن صاحب الميزان اعترض على الشروط الأربعة المذكورة في الكتاب بوجوه أحدها أن اشتراط الشرط الأول والثاني إنما يستقيم على قول من يرى تخصيص العلة مثل القاضي الإمام أبي زيد ومن وافقه فأما عند من أنكر تخصيص العلة مثل الشيخين وعامة المتأخرين فلا يستقيم ؛ لأن النص إذا ورد بخلاف القياس تبين به أن ذلك القياس كان باطلا فكان اشتراط كون حكم الأصل غير معدول به عن القياس غير مستقيم ليتبين بطلان ذلك القياس بورود النص على خلافه بيانه أن الأكل لما جعل علة لفساد الصوم ثم ورد نص ببقاء الصوم مع الأكل ناسيا كان ذلك على فساد العلة فكيف يستقيم قولهم : إنه ورد على خلاف القياس مع تبين فساد القياس وبطلانه بوروده وثانيها أنه ذكر التعدي وهو التجاوز ، وذلك لا يتحقق في الأوصاف ، ولو ثبت يلزم منه خلو محل النص عن الحكم ؛ إذ الشيء لا يثبت في محلين في زمان واحد وثالثها أن اشتراط تعدي حكم النص بعينه يمنع من ثبوت القياس فكيف يصلح شرطا ؛ لأن حكم النص في قوله عليه السلام { الحنطة بالحنطة مثلا بمثل } حرمة الفضل على الكيل في الحنطة ، ولا يتصور ثبوته في الفرع ؛ لأن حرمة الفضل على الكيل في الجص والأرز

---

(١) كشف الأسرار، ٥/٥٣

مثلا غير حرمة الفضل في الحنطة .

وأجيب عن الأول بأن المراد من كون حكم." (١)

"قال في سياق الآية { قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم } يعني فرضنا المهر عليهم وأحللنا لك بغير مهر ، وقال { لكي لا يكون عليك حرج } اللام متعلقة بقوله : خالصة لك أي خالصة لك من دون المؤمنين لكي لا يكون عليك بضيق في أمر النكاح ، والحرج إنما يلحق الناس في لزوم المهر فأما في العدول من لفظ إلى لفظ فلا حرج خصوصا في حق من هو أفصح العرب والعجم .

والمراد اختصاصه عليه السلام بأن لا تحل منكوحته لأحد بعده والمعنى خلص إحلال ما أحللنا لك من النساء خلوصا حتى لا يحل لأحد بعدك فإنه عليه السلام كان يتأذى بأن يكون الغير شريكا له في فراشه من حيث الزمان ، وعليه دل على قوله تعالى { وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا } وقوله جل جلاله { وأزواجه أمهاتهم } وهذا أي الاختصاص من الوجهين اللذين ذكرناهما مما يعقل كرامة فأما الاختصاص باللفظ فلا ؛ لأن الاستعارة لا تختص بأحد بل الناس كلهم في الاستعارة ووجوه الكلام سواء ، والواو في قوله : وفي اختصاصه بمعنى أو ولفظة في أو لفظة اختصاصه في قوله وفي اختصاصه زائدة ، ولو قيل واختصاصه بأن لا يحل أو قيل : وفي أن لا يحل أحد بعده لكان أحسن قوله : (وكذلك ثبت للمنافع) أي وكما ثبت جواز السلم بالنص **على خلاف القياس** مختصا به ثبت للمنافع المعدومة حكم التقوم والمالية في باب عقود الإجارة أي في جميع أنواعها صحيحها وفاسدها بالنص مثل قوله تعالى { وآتوهن أجورهن } في حق الأظآر وقوله." (٢)

"رحمهما الله ؛ لأن النكاح يحتمل للفسخ في الجملة فإنه يقع بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفارة ويستحق فيه التسليم ، والتسليم يشبه البيع من هذا الوجه ، ويمكن جعل كل واحد منهما مدعيا ، ومنكرا فيجري فيه التحالف أيضا .

ومثل ما إذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة ، وقد اختلفتا بدلا بأن قبل العبد المبيع قبل القبض يجري التحالف ؛ لأن القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه فكانت مثل العين في إمكان فسخ العقد عليها .

---

(١) كشف الأسرار، ٣٢٧/٦

(٢) كشف الأسرار، ٣٣٨/٦

فأما بعد القبض أي الاختلاف الذي وقع بعد القبض في الثمن فلم يجب أي لم يجب به يمين البائع ؛ لأن المشتري لا يدعي لنفسه على البائع شيئا إذ المبيع مسلم إليه فكان ثبوت التحالف بالأثر **على خلاف القياس** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فيقتصر على مورد النص لا يتعدى إلى الوارث حتى لو اختلف وارث البائع بعد موته والمشتري في الثمن .

أو وارث المشتري بعد موته مع البائع .

أو اختلف الوارثان بعد موت المتعاقدين والسلعة مقبوضة قائمة في المسائل كلها كان من القول قول المشتري أو وارثه ، ولا يجري التحالف بينهما ، ولا إلى ما بعد هلاك السلعة سواء أخلفت بدلا أو لم تخلف لما ذكرنا أن التخالف بعد القبض معدول به عن القياس مستحسن بالأثر فلا يتعدى إلى غير المنصوص عليه .

فإن قيل : عدم جريان التحالف في الوارث بعد القبض مسلم ، ولكنه حال هلاك السلعة في حق المتعاقدين غير مسلم لدخول." (١)

"ليس إلا امتناع ثبوت موجب الدليل في بعض المواضع لمانع يمنع بطريق المعارضة وذلك مما لا يرده العقل ، ولا يكون دليل الفساد كما في العلة المحسوسة فإن النار علة للإحراق ثم إنها لم تؤثر في إبراهيم عليه السلام ، ولا في الطلق لمانع لا يدل على أن النار ليست بمحرقة .

وبما ذكر الشيخ في الكتاب أن التخصيص غير المناقضة ، وإنما ذكر هذا ؛ لأن من أنكر التخصيص جعله من باب المناقضة إذ يلزم منه القول بتصويب كل مجتهد وذلك يستلزم اعتقاد حقية الحظر والإباحة والجواز والفساد في شيء واحد ، وهو تناقض فقال التخصيص غير المناقضة .

وتقريره ما ذكر القاضي الإمام أبو زيد وشمس الأئمة رحمهما الله في كتابهما أن التخصيص غير المناقضة لغة وشرعا ، وإجماعا ، وفقها .

أما اللغة فلأن النقض اسم لفعل يرد فعلا سبق على سبيل المضادة كنقض البنيان ونقض كل مؤلف والخصوص بيان أنه لم يدخل في الجملة لا أنه رفع الثبوت ألا ترى أن ضد الخصوص العموم ، وضد النقض البناء والتأليف .

وأما الشرع فلأن التخصيص جائز في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة ، والتناقض لا يجوز فيها أصلا

---

(١) كشف الأسرار، ١٢٩/٧

فيتغايران ، وإليه أشار الشيخ لقوله ، وقد صح الخصوص إلى آخره .

، وأما الإجماع فلأن القائسين أجمعوا على أن الأحكام قد تثبت على خلاف القياس الشرعي في بعض المواضع بدليل أقوى منه من نص أو إجماع أو ضرورة وذلك يكون تخصيصا لا مناقضة ولهذا سماها الشافعي مخصوصة عن القياس ، ونحن نسميها معدولا." (١)

"المنع وإلى بيان مستنده ولا يتحقق ذلك إلا ببيان المعنى فيظهر الفقه من جانب أصحابنا أيضا وهو أن شهادتهن أصلية كشهادة الرجال ؛ لأن الإنسان إنما يصير شاهدا بالولاية وهي مبنية على الحرية والعقل والنساء فيهما مثل الرجال وما ذكر من نقصان العقل ساقط العبرة ؛ لأن عقلهن اعتبر كاملا في التكاليف بالإجماع والقبول يبتنى على العدالة وانتفاء التهمة ولهن عدالة مثل الرجال ولهذا قبلت منهن رواية الأخبار والضلال المنصوص عليه في الكتاب مجبور بضم امرأة أخرى إليها فلئن نفي نوع شبهة بعد الخبر وهي شبهة ظاهر البدلية لا حقيقة البدلية فإن شهادتهن حجة مع وجود الرجال بالإجماع تعتبر فيما يسقط بالشبهات كالحدود وغيرها فأما فيما يثبت مع الشبهات فلا وعلى هذا كان ينبغي أن تكون شهادة النساء وحدهن حجة إلا أن الشرع لم يقبل شهادتهن منفردة على خلاف القياس .

فعند الخصم قبول شهادتهن حكم مخصوص ثابت بخلاف القياس والأصل عدم القبول فيتبين حقيقة ذلك بالتحاكم إلى الأصول فمتى ثبت للخصم ظهور الخلل فيما هو ركن الشهادة تبين أن القبول على خلاف القياس ولم يثبت ذلك ومتى قام الدليل لنا أن ما هو الركن كامل تبين أن القبول أصل وعدم القبول على خلاف القياس وقد قام /٩٧ كما بينا /٩٧ قوله (وهي مع ذلك) أي مع تمكن الشبهة فيها أصلية غير ضرورية ؛ لأن عامة حقوق البشر أي حجج عامة حقوقهم يعني الحجج التي يثبت بها أكثر الحقوق نظير هذه الحجة." (٢)

"العشر في حق الكافر ابتداء وبقاء وعن محمد رحمه الله روايتان في العشر الباقي على الكافر بعد تملكه للأرض العشرية ففي رواية السير يوضع موضع الصدقة ؛ لأن حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق المقاتلة بالأراضي الخراجية .

وفي رواية ابن سماعة عنه يوضع في بيت مال الخراج ؛ لأنه إنما يصرف إلى الفقراء ما صار لله تعالى بطريق

---

(١) كشف الأسرار، ١٨٨/٧

(٢) كشف الأسرار، ٤٦٨/٧

العبادة ومال الكافر لا يصلح لذلك فيوضع موضع الخراج كالمال الذي يأخذه العاشر من أهل الذمة والجواب يعني لأبي حنيفة عما ذكر أبو يوسف ومحمد رحمهم الله أن العشر غير مشروع في حق الكافر إلا بشرط التضعيف فلا يمكن إيجاب عشر واحد عليه فهذا رد لكلام محمد .

وقوله : لكن التضعيف إلى آخره رد لكلام أبي يوسف يعني أنه ضروري ثبت **على خلاف القياس** بإجماع الصحابة رضي الله عنهم في قوم بأعيانهم عند تعذر إيجاب الجزية والخراج عليهم خوفا من الفتنة فإنهم لما أبوا قبول الجزية والخراج ومالوا إلى التضعيف وقد كانوا ذوي سعة ومنعة حتى قيل : إنهم كانوا أربعين ألفا وكانوا قريبا من أرض الروم قبلوا ذلك منهم خوفا من التحاقهم بالروم وصيرورتهم حربا على المسلمين فأما غيرهم من الكفار فليسوا بمنزلتهم لإمكان أخذ الجزية والخراج منهم فلا يصار إلى التضعيف في حقهم مع إمكان إيجاب الأصل وهو الخراج فثبت أن الصحيح ما قال أبو حنيفة رحمه الله .." (١)

"موصوفة بأنواع الكرامات التي اختص بها وصارت بها أشرف من سائر الحيوان وقد تمكن في العبد معنى المالية التي تخل بتلك الكرامات فاختلت النفسية بمجاوزة المالية فكان العبد في مقابلة الحر دونه في النفسية فالحر نفيس من كل وجه والعبد نفس ومال فامتنع القصاص والدليل في انتقاص النفسية انتقاص البدل ولا يلزم عليه قتل الذكر بالأنثى مع أنها دون الذكر في استحقاق الكرامات ولهذا انتقص بدل دمها عن بدل دم الرجل لأن ذلك ثبت بالنص **على خلاف القياس** ولما ما ذكرنا أن نفس العبد معصومة على سبيل الكمال لمساواته الحر في سبب العصمة .

والدليل على كمال العصمة وجوب القصاص بقتله إذا كان القاتل عبدا ولو اختلت العصمة لما وجب القصاص بقتله أصلا لأن ذلك يوجب شبهة الإباحة ولا يجب القصاص مع الشبهة ، ومجاورة المالية لا تخل بالنفسية والعصمة لأن الوصف الذي ينبني عليه القصاص وتثبت لأجله العصمة كونه متحملا أمانة الله عز وجل إذ التحمل والأداء لا يمكن إلا بالبقاء والبقاء لا يتحقق بدون العصمة وهذا وصف أصلي لا ينفك عنه وما عداه من الحرية والمالكية والعقل صفات زائدة أثبتت لتكميل الوصف المطلوب ولا تعلق للقصاص بها وقد وجدت المساواة هاهنا في المعنى الأصلي ينبني عليه القصاص وكانت العصمة لأجله

---

(١) كشف الأسرار، ٣/٨

فلا وجه لمنع القصاص فأما نقصان البدل فلنقصان الأوصاف الزائدة فهي معتبرة في تنقيص البدل وتكميله فأما حق القصاص فلا بدليل جريان القصاص." (١)

"كسائر الشروط ولأبي حنيفة رحمه الله إن جانبها يشبه البيع ؛ لأنه تمليك مال بعوض .

ألا ترى أن البداية لو كانت من جانبها فرجعت قبل قبول الزوج صح رجوعها ولو قامت عن مجلسها قبل قبول الزوج بطل كما في البيع وإنما جعل ذلك شرطا في حق الزوج فأما في نفسه فهو تمليك مال جعل شرطا بهذا الوصف كرجل قال لآخر إن بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر إنه معلق بالمعارضة فكذلك هذا وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار فإذا بطل بحكم الخيار بطل كونه شرطا ؛ لأن كونه شرطا بهذا الوصف وهو أنه تمليك مال كذا في شرح الجامع الصغير للمصنف رحمه الله وهو المراد من قوله لما عرف ثمة أي في الموضع الذي نص عليه فيه فكذلك هذا أي مثل الخيار الهزل يكون على الاختلاف لكنه أي لكن خيار الشرط غير مقدر بالثلاث في الخلع وأمثاله عنده حتى لو اشترطا الخيار أكثر من ثلاث جاز بخلاف البيع ؛ لأن الشرط في باب الخلع على وفاق القياس إذ الطلاق من الإسقاطات وتعليقها بالشروط جائز مطلقا فلا يجب التقدير بمدة .

أما الشرط في البيع **فعلى خلاف القياس** ؛ لأنه من الإثباتات وتعليقها بالشروط لا يجوز لكنه ثبت فيه بالنص مقدرا بالثلث فيجب اعتبار هذه المدة ويبطل اشتراط الخيار فيما وراء الثلاث عملا بالقياس كذا في بعض الشروح فعلى هذا لا يبطل خيار المرأة فيما نحن فيه بمضي الثلاث ؛ لأن الهزل بمنزلة شرط الخيار مؤبدا فيكون لها خيار ثابت فيما فوق الثلاث كما هو ثابت لها في الثلاث فكان." (٢)

" ويتفرع عن هذا الأصل مسائل

منها إذا اختلف المتبايعان والسلعة هالكة في يد المشتري أو خرجت من ملكه أو صارت بحال لا يقدر على ردها بالعيب يتحالفان عند الشافعي رض ويترادان القيمة لأن كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه فيحلف كل واحد على نفي دعوى صاحبه كما في حال قيام السلعة

وعندهم لا يتحالفان لأن التحالف على القبض على وفاق من حيث إن البائع يدعي زيادة على ألف والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب التسليم عند أداء الألف والبائع ينكره فيتحالفان

---

(١) كشف الأسرار، ٤٦٢/٨

(٢) كشف الأسرار، ١٣٨/٩

أما بعد القبض فالتحالف **على خلاف القياس** فلا يلتحق به حال هلاك السلعة

ومنها أن ما دون أرش الموضحة تتحمله العاقلة عند الشافعي ." (١)

" ومنها أن الشقص الممهور يؤخذ بالشفعة عندنا بقيمة البضع وكذلك إذا جعل بدل الخلع أو أجره يؤخذ بقيمة البضع

وعندهم لا يثبت فيه الشفعة لأن منافع البضع ليست بمال

ومنها أن شهود الطلاق إذا رجعوا غرموا مهر المثل بناء على إن منفعة البضع مال متقوم شرعا ولهذا ضمنت بالإتلاف في العقد الصحيح والفاسد ويقابل بالبدل في الإختلاع سيما إذا صدر من الأجنبي

وإذا كان في نفسه مالا ذا قيمة فإيقاع الحيلولة في اقتضاء الضمان ملحق بالإتلاف

وقال أبو حنيفة رض لا يغرمون لأن منفعة البضع في نفسها ليست بمال غير أن الشرع أوجب القيمة على متلفها وألحقها بأطراف الآدمي وسلك بها مسلك الأعيان تعظيما لأمرها وصيانة لها عن الإهدار **على خلاف القياس** والشهود لم يتلفوا ." (٢)

"* والصحيح جواز إجراء القياس في الرخص الشرعية إن فهمنا العلة فهما مبناه على النص فيجوز الجمع بين الصلاتين في الظهرين قياسا على العشائين بجامع وجود الأذى بالوحل والطين ، ويجوز الجمع في الريح الشديدة الباردة قياسا على الجمع بين العشائين ، ويجوز الجمع في العواصف الثلجية ويجوز الجمع للمريض إذا احتاج للجمع قياسا على المستحاضة والأمثلة كثيرة والله أعلم .

* والصحيح المعتمد الذي لا يمكن أن نشك فيه أنه ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس** .

* والصحيح أن قياس الشبه ليس بحجة أو يقال :- هو أضعف أنواع القياس ولا يلتفت إليه إلا عند انعدام النص والإجماع وقياس العلة ، وأنا أكره هذا النوع من القياس فإنه لم يرد في القرآن إلا مذموما ، وغالب استعماله إنما يعرف في الشرع عن الكفار ، فهذه بعض الترجيحات في الأدلة المتفق عليها قد استفدناها من ما كتبه علماء الأصول قديما وحديثا فيا رب أسألك باسمك الأعظم أن تغفر لسائر أهل العلم وأن ترفع نزلهم في الفردوس الأعلى وأن تعصمهم ممن أرادهم بسوء وأن تعيذهم من مضلات الفتن ما ظهر منها وما بطن ، وأشهدك يا رب أني أحبهم فيك ولهم في قلبي قدر عال ومنزلة رفيعة فجزاهم الله خيرا على ما بذلوه

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، ص/١٨٤

(٢) تخريج الفروع على الأصول، ص/٢٢٨

من الغالي والنفيس في سبيل تحصيل العلم وتحقيقه ونشره، ففضائلهم أشهر من أن تذكر وأكثر من أن تحصر ، اللهم اغفر لهم وارحمهم وعافهم واعف عنهم واحشرنا في زمرتهم آمين اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم .

(فصل في الترجيحات في الأدلة المختلف فيها)

* والقول الصحيح أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد نسخه في شرعنا .

* والصحيح أن قول الصحابي حجة ما لم يخالف نصا أو يخالفه صحابي آخر .." (١)

"(قوله : جمع الجوامع) أي للكتب الجوامع أو المصنفات الجوامع فهو جمع جامع على القياس ؛ لأن فاعلا إذا كان وصفا لغير عاقل كصاهل ينقاس جمعه على فواعل وإنما يكون **على خلاف القياس** إذا كان وصفا لعاقل فمن زعم أن الجمع هنا **على خلاف القياس** فقد سها عن شرط المسألة فإن جعل الجوامع وصفا لمقدمات مثلا أو رسائل أي المقدمات الجوامع أو الرسائل الجوامع كان مفرده جامعة ويكون الجمع قياسيا لكن المتبادر هو الأول كما يشير إلى ذلك قول الشارح كل مصنف جامع (قوله : تحريرا) تمييز محول عن المضاف إليه أي عن إكمال تحرير جمع الجوامع فيفيد أن الكتاب تحقق خارجا وأن الخطبة إلحاقية والشارح فهم هذا من الصفات الأربع التي وصف بها الكتاب بقوله الآتي من فني الأصول إلخ ولذلك قال بقرينة السياق وقرينة السياق هي ما يؤخذ من لاحق الكلام الدال على خصوص المقصود أو سابقه .

وأما قرينة السباق بالباء الموحدة فهي دلالة التركيب على معنى يسبق إلى الفهم منه مع احتمال إرادة غيره وتسمى دلالة السياق كما أن قرينة السياق تسمى كذلك وقول الكمال إن الحمل على إكمال التأليف ممكن بناء على تصوره في الذهن كاملا متصفا بما وصفه به في الخطبة قد استبعدوه وليس ببعيد فإنه كثيرا ما يقع من المؤلفين ذلك .

(قوله : فيما آمله) حال من كثرة أفاد به دفع ما يقال من أين كثرة الانتفاع مع عدم تحققها حال السؤال .

(قوله : وعلى كل خير مانع) أي نوع من المانع باعتبار أنه مانع من ذلك." (٢)

---

(١) تذكير الفحول بترجيحات مسائل الأصول، ص/٢٧

(٢) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، ١/٨٩

"لأن الظهور فيه ليس بتام لعدم السوق له (ولا فرق) بين الظاهر والصريح (إلا بعدم القصد الأصلي) في الظاهر إذ هو غير المقصد الأصلي الذي سيق الكلام له بخلافه في النص وهو غير مؤثر في التبادر (ثم من) صور (ثبوت حكمه) أي الصريح (بلا نية جريانه) على لسانه كأنت طالق وأنت حر (غلطا في نحو سبحان الله اسقني) بأن أراد أن يقول هذا فقال ذلك فيثبت الطلاق والعتق قضاء وديانة (أما قصده) إلى الصريح (مع صرفه) أي الصريح الإضافة فيهما إلى المفعول وفي الأول احتراز عن الغلط فإن الذهن غافل عن اللفظ فيه (بالنية إلى محتمله) أي محتمل لفظ الصريح مما يستعمل فيه في الجملة (فله) أي للناوي (ذلك) المعين الذي قصده (ديانة) أي فيما بينه وبين الله تعالى (كقصد الطلاق) أي الإطلاق (من وثاق) في قوله أنت طالق (فهي زوجته ديانة) لاحتمال اللفظ له لا قضاء لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه (ومقتضى النظر كونه) أي كون ثبوت حكمه بلا نية (في الكل) فيما قصد اللفظ ولم يقصد حكمه وفيما لم يقصد اللفظ ولا ثبوت الحكم وفيما قصد اللفظ وقصد به غير ما هو سبب له شرعا (قضاء فقط) لا ديانة لأن القاضي يحكم بالظاهر وظاهر الحال يدل على ثبوته المتبادر من مباشرة العقل المختار السب الموضوع شرعا لنوع من التصرف عالما بالسببية أنه قصد السب وما يترتب عليه فلا يصدق في عدم قصد شيء من السبب أو المسبب وقصد أمر آخر غير السبب لمكان التهمة وأما العالم الخبير بأسرار العباد فلا يخفى عليه شيء منهم فلا يؤاخذهم بما لا قصد لهم فيه ثم استدل على ما ادعاه بقوله (وإلا) أي وإن لم يكن الأمر كذلك بأن يثبت الحكم في نفس الأمر أعني عند الله سبحانه بمجرد مباشرة السبب قصد حكم أولا (أشكل بعت واشتريت إذ لا يثبت حكمهما في الواقع مع الهزل و) ثبوت الحكم (في نحو الطلاق والنكاح) بمجرد المباشرة قصدا ولا **على خلاف القياس** (بخصوصه دليل) وهو الحديث." (١)

"لا مماثلة بينهما صورة ومعنى أولى ولما ذهب الشافعي إلى ضمانها بناء على أنها مال متقوم كالعين بدليل ورود العقد عليها فأشار إلى دفعه بقوله (وورود العقد عليها لتحقق الحاجة) أي يثبت تقومها في العقد **على خلاف القياس** بقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس إلى عقد الإجارة وخلاف القياس مقتصر على قدر الضرورة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها أيضا لأن في القول

---

(١) تيسير التحرير، ٨٧/٢

بعدم وجوبه انفتاح باب الظلم قلنا نهى الشارع يدفعه (ولم ينحصر دفعها) أي حاجة
دفع العدوان (في التضمين بل الضرب والحبس أدفع) للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما
أو أحدهما على المتعدي وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات
والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة وفي الفتاوى وغيرها منافع العقار
الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على هذا
وسيذكر في كلام المصنف ما يؤيد هذا (و) لا يضمن (القصاص بقتل المستحق عليه) القصاص
بقصاص ولادية (ولا) يضمن أيضا (ملك النكاح بشهادة الطلاق بعد الدخول إذا رجعوا)
أي الشهود بالطلاق بشيء (خلافا للشافعي فيهما) أي في هاتين المسئلتين إذ عنده القاتل يضمن
الدية لأن القصاص ملك متقوم للولي وقد أتلف ذلك عليه بقتله فيضمن والشهود يضمنون
للزوج مهر المثل لأن ملك النكاح متقوم على الزوج ثبوتا فيكون متقوما عليه زوالا وإنما
قلنا لا يضمن القصاص بالدية وملك النكاح بعد الدخول بالمهر (لأن الدية ومهر المثل لا يماثلانهما)
أي القصاص وملك النكاح صورة وهو ظاهر ولا معنى لأن المقصود من القصاص الانتقام
والتشفي بإعدام الحياة ومن ملك النكاح السكن والازدواج وإبقاء النسل فليس بمال متقوم
(والتقوم) بالمال في باب القتل وملك النكاح (شرعي للزجر) كما في قتل الأب ابنه عمدا." (١)

"أي الإسلام حال كونه (بالغا كتعجيل الزكاة بعد السبب) لوجوبها إذ كل منهما وقع بعد

تيسير التحرير ج:٢ ص:٢٥١

تحقق أصل الوجوب قبل الأداء فكما صح ذلك عن الفرض صح هذا عنه (فإن قيل مثله)
أي جواز الحكم بعد تحقق سبب وجوبه قبل تحقق سبب وجوب أدائه (يتوقف على السمع) لأن
سقوط ما يستحب أداؤه بفعله قبل أن يجب **على خلاف القياس** (قلنا) نعم وقد وجد وهو
(إسلام علي رضي الله عنه) أخرج الإمام البخاري في تاريخه عن عروة رضي الله عنه وهو
ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم من طريق إسحاق أنه رضي الله عنه أسلم وهو ابن عشر
سنين وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال دفع النبي - صلى الله عليه وسلم - الراية إلى علي

(١) تيسير التحرير، ٢/٢٩٦

رضي
الله عنه يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي رحمه
الله هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع أو
ثمان سنين وقال بعض المحدثين فعلى هذا يكون عمره حين أسلم خمس سنين لأن إسلامه
رضي الله عنه كان في أول المبعث ومن المبعث إلى بدر خمس عشرة سنة فلعل فيه تجوزا بإلغاء
الكسر الذي فوق العشرين وكأن تصحيح النبي - صلى الله عليه وسلم - إسلامه مأخوذ من تقريره عليه
الصلاة والسلام له على ذلك وقال عفيف عن العباس رضي الله عنه أنه قال في أول المبعث لم
يوافق محمدا عليه الصلاة والسلام على دينه إلا امرأته خديجة رضي الله عنها وهذا الغلام علي بن أبي
طالب
رضي الله عنه قال عفيف فرأيتهم يصلون فوددت أني أسلمت حينئذ فأكون ربع الإسلام
وعن المصنف رحمه الله أنه إن أريد تصحيحه - صلى الله عليه وسلم - في أحكام الآخرة فمسلم
وكلامنا في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل تصحيحه إلا في
العبادات فإنه كان يصلي معه وكان - صلى الله عليه وسلم - يصحح صلاته وصحة الصلاة فرع صحة
الإيمان انتهى." (١)

"المال للطلاق (بهذا المعنى) أي باعتبار كون ثبوته في الضمني حتى صح مع الهزل وفسر
الشارح هذا المعنى بكونه تابعا له في الثبوت لكونه بمنزلة الشرط فيه والشروط أتباع لما
عرف ولا يخفى عليك أن قوله لهذا المعنى إشارة إلى ما فهم مما قبله وهو ما ذكرنا لأن ما ذكر
(لا تنافي المقصودية بالنظر إلى العاقد) بمعنى إذا نظرنا إلى نفس العقد وجدنا الطلاق أصلا
والمال تبعا وضمنيا لما ذكر من الاستغناء وإذا نظرنا في العاقد وجدنا المال مقصودا له ولا
منافاة بينهما لاختلاف الجهتين (بخلاف تبعيته) أي المال (في النكاح فبمعنى أنه) أي
المال (غير المقصود) للعاقدين لأن قصدهما الحل (وهذا) المعنى (لا ينافي الأصالة) للمال (من
حيث
ثبوته) أي المال (عند ثبوته) أي النكاح بلا ذكره بل ومع نفيه إظهارا لخطر البضع

---

(١) تيسير التحرير، ٣٦٢/٢

والحاصل أنه ليس بمقصود منه لكنه مقصود فيه لما ذكر وإنما يؤثر فيه الهزل كما في سائر الأموال وإن لم يؤثر في النكاح وعن شمس الأئمة أنه جعل المواضعة في الطلاق على مال مثلها في النكاح إذا كان الهزل في قدر البدل (وعنده) أي أبي حنيفة في البناء الأوجه الثلاثة المواضعة في أصل التصرف وفي قدر البدل وفي جنسه (يتوقف الطلاق على مشيئتها) أي اختيار المرأة الطلاق بالمسمى على طريق الجد وإسقاط الهزل كما يتوقف وقوعه في خيار الشرط في الخلع من جانبها على اختيارها لأن الهزل بمنزلة خيار الشرط عنده لكنه في الخلع غير مقدر بالثلاث بخلاف البيع لأن الشرط في الخلع على وفق القياس وتقييده بالثلاث في البيع لكونه **على خلاف القياس** فيقتصر على مورد النص وذلك لأن الخلع إسقاط والبيع إثبات وتعليق إثبات المال بالخطر في معنى القمار وإنما ذهب إلى التوقف لأن الأصل أن يراعى جانب العقد وجانب المواضعة بحسب الإمكان وفي القول بالتوقف رعاية الجانبين كما

تيسير التحرير ج:٢ ص:٢٩٧." [١]

"جاز أن يكون حجبهم لدليل آخر (و) على (أن الأخوين ليسا أخوة قطعا) إذ لو جاز كونهما في اللغة إخوة كان معنى قول عثمان أن قومك يجعلونهما إخوة من حيث اللغة (لكن الأول) أي إفادة الآية عدم حجب ما ليس إخوة ثابت (بالمفهوم) المخالف (المختلف) في صحة كونه حجة وهو إن لم يكن له إخوة لا يكون لأمه السدس (والثاني) وهو أن الأخوين ليسا إخوة قطعا (فرع أن صيغة الجمع لا تطلق على الاثنين لا) حقيقة (ولا مجازا قطعا) وليس كذلك فإن الإطلاق عليهما مجازا لا ينكر (ولو سلم) أن عثمان أراد حجبها بالإجماع كذا ذكره الشارح والوجه أن المعنى ولو سلم تحقق ما يتوقف عليه الاستدلال مما ذكر (وجب تقدير نص) قطعي ثبت عندهم ليكون النسخ به وإلا كان الإجماع **على خلاف القياس** وهو باطل (وسقوط المؤلفة من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء علته المفردة) إنما قيدها به إذ لو كانت متعددة لم يلزم من انتهاء بعضها انتهاء الحكم قال الشارح وهي الإعزاز للإسلام ومعنى انتهائها أن الإعزاز كان حاصلا في زمن أبي بكر دون إعطاء سهمهم (وليس) انتهاء الحكم لانتهاء علته

---

(١) تيسير التحرير، ٢/٤٣٠

(نسخا ولو ادعوا) أي المجيزون يعني سموا (مثله) أي كون الإجماع مبينا رفع الحكم بانتهاء مدته (نسخا فلفظي) أي فالخلاف لفظي (مبني على الاصطلاح في استقلال دليله) أي النسخ فمن اشترطه فيه وهو الجمهور لم يجعل الإجماع ناسخا فإن الإجماع ليس مستقلا بذاته في إثبات الحكم بل لا بد له من مستند هو الدليل في الحقيقة وهو كاشف عنه وإن لم ينقل إلينا لفظه ومن لم يشترط فيه جعله ناسخا قال شمس الأئمة وأما النسخ بالإجماع فقد جوزه بعض مشايخنا بطريق أن الإجماع موجب علم اليقين كالنص فيجوز أن يثبت النسخ به والإجماع في كونه حجة أقوى من الخبر المشهور وإذا كان يجوز النسخ به فجوازه بالإجماع أولى وأكثرهم على أنه لا يجوز ذلك لأن الإجماع عبارة عن اجتماع الآراء على شيء ولا مجال للرأي في معرفة." (١)

"لقوله – صلى الله عليه وسلم – فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر الله ثم ليأكل رواه الدارقطني والبيهقي إلى غير ذلك (**على خلاف القياس**) متعلق بمحذوف هو حال من ضمير المبتدأ أعني حل المستكن في الظرف (على ترك شرط الصلاة) قوله على صلة القياس وذلك أنه إذا ترك شرط الصلاة من الطهارة أو غيرها (ناسيا لا تصح) الصلاة عند ذلك (حتى وجبت) إعادتها (إذا ذكر) ما تركه وكان مقتضى هذا أن لا يحل متروك التسمية ناسيا لفوات شرط حله وهو التسمية قال الله تعالى – ٢ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ٢ – وإذا كان على خلاف القياس (فلا يلحق به) أي بمتروك التسمية ناسيا (العمد) أي متروك التسمية عمدا سمي بالعمد مبالغة أو المعنى لا يلحق بالنسيان العمد على المسامحة لأن خلاف القياس مقتصر على مورد النص وليس العمد في معناه لو فرض كونه معقول المعنى (لعدم) الجامع (المشترك) بينهما لأن الناسي معذور غير معرض عن ذكر الله تعالى والعامد جان معرض عنه (ولأنه) لو ألحق العامد به (لم يبق تحت العام شيء) من أفراده يعني قوله ٢ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ٢ لأن ما لم يذكر اسم الله عليه لا يخلو من أحد الأمرين إما متروك التسمية نسيانا وإما متروكها عمدا (فينسخ) الكتاب (بالقياس) أي بقياس العمد على النسيان وهو غير جائز (وفيه) أي في هذا الدليل (نظر يأتي) في الكلام في فساد الاعتبار (ومنها) أي الشروط لحكم الأصل (أن يكون) حكم الأصل حكما (شرعيا فلا قياس في اللغة) بأن

(١) تيسير التحرير، ٣٠١/٣

يقاس معنى على معنى في التسمية باسم لكونهما مشتركين فيما ينبئ عنه الاسم (وتقدم) هذا الشرط في المبادئ اللغوية (ولا في العقليات) كقياس الغائب على الشاهد كما يقال العالمية في

تيسير التحرير ج:٣ ص:٢٨٥

الشاهد أي المخلوق معللة بالعلم فكذا في الغائب عن الحس أي الخالق (خلافا لأكثر." [١]

"شرعي اعتبره قائما بالأعضاء ثم (وضع الماء لقطعه) فهو أمر تعبدي وإلا فالماء إنما يزيل الأجرام الحسية لا الأمور المعنوية (فاقتصر حكمه) أي حكم القطع المذكور (على ما علم قطع الشارع اعتباره) أي اعتبار الحدث (عنده) وهو استعمال الماء ولا يقاس المائع الآخر عليه في هذا فإن الطهارة **على خلاف القياس** لما ذكر وقيل القياس أن يتنجس الماء بمجرد ملاقاة النجاسة فتخلف النجاسة البلة النجسة وكذا في المرة الثانية وهلم جرا وأجيب بأن الشارع أسقط

تيسير التحرير ج:٣ ص:٢٩٨

هذا لتتحقق إزالة النجاسة وإليه أشار بقوله (وإذ سقط التنجس بالملاقاة فيه) أي في الماء (لتحقق الإزالة سقط) التنجس بالملاقاة (في غيره) أي غير الماء من المائعات (لذلك) أي لتحقق الإزالة والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم (وما يقال) من أن (في الماء) سقط مقتضى القياس المذكور وهو التنجس بالملاقاة (للضرورة) بخلاف غيره لعدم الضرورة (أن أريد ضرورة الإزالة فكذا في غيره) سقط مقتضاه في غيره من سائر المائعات لتلك الضرورة وفيه أن حقيقة الضرورة استحالة الإزالة عند عدم السقوط وهي لا توجد في غير الماء لاندفاع الضرورة به فتدبر (أو) أريد (أنه لا يزيل سواه) أي الماء حسا (فليس) هذا المراد (واقعا) وهو ظاهر (أو لا يزيل) النجاسة غيره أي غير الماء (شرعا فمحل النزاع) فعلم أنه لا وجه لما يقال وقد يقال أن الخصم إن كان مستدلا فجعله الشارع فيه علة الحكم غير صحيح وأما إذا كان مانعا فيجوز أن يجعل سندا لمنع وجود العلة في الفرع وحاصله لم لا يجوز أن تكون العلة هكذا ولا يضره عدم تسليم الخصم إياه (وأن لا يتقدم) حكم الفرع

---

(١) تيسير التحرير، ٣/٤١٠

بالشرعية (على حكم الأصل) أي ومن شروط الفرع هذا (كالوضوء) إذا قيس (في وجوب النية) فيه (على التيمم) بجامع أن كلا منهما تطهير حكمي لأن شرعية الوضوء قبل شرعية." (١)

"غير المحرم أيضا ثم حقيقة الدلالة احداث العلم في الغير فلزم عدم كون المدلول عالما بمكان الصيد

قبل الدلالة وأن لا يكذب الدال فلو كان عالما أو كذب لا يضمن الدال ويجب أيضا أن يتصل القتل بالدلالة حتى لو أخذه بدلالته ثم انفلت ثم أخذه فقتله لم يضمن الدال لانتهاء دلالته بالانقلاب وإليه أشار بقوله فيما سبق المتقررة (وفتوى المتأخرين بالضمان بالسعاية) أي بأن يسعى في حق غيره بغير حق إلى حاكم ظالم فيغرمه المال ظلما (بخلاف القياس) لتخلل الفعل الاختياري من الظالم وهو الأخذ ظلما بين السعاية واتلاف المال وإنما أفتوا (استحسانا لغلبة السعاة) بغير الحق إلى الظلمة في زماننا وبه يفتى سدا لهذا الباب (وينبغي مثله) أي الافتاء بالضمان بخلاف القياس استحسانا (لو غلب غصب المنافع) فإنه **على خلاف القياس** لعدم كونها محرزا لتجددها والغصب إثبات اليد المبطلة وإبطال اليد المحقة وذلك فرع في الإحراز وإنما قال ينبغي إلى آخره زجرا للغصبة عن ذلك (ويقال لفظ السبب مجازا على المعلق من تطليق وإعتاق ونذر بما) أي بشرط متعلق بالمعلق (لا يريد) المعلق (كونه) أي وجوده كان دخلت فأنت طالق أو فلانة حرة أو فعلي لله صيام سنة قبل وجود الشرط

تيسير التحرير ج:٤ ص:٥٨

والتقييد بقيد لا يريد كونه موافق لما قال بعض الشراح من أن التعليق بشرط يريده مفض إلى وجود الشرط المفضي إلى الحكم (وعلى اليمين) بالله بالنسبة إلى الكفارة قبل الحنث (إذ ليست) المذكورات (مفضية إلى الوقوع) في المعلقات (و) إلى (الخنث) في اليمين أما الأول فلأنه أراد بها منع نفسه من الشرط احترازا عن الوقوع وأما الثاني فلأنها شرعت للبر

---

(١) تيسير التحرير، ٤٣٠/٣

وإليه أشار بقوله (بل) هي (مانعة) من الوقوع والحنث (وإنما) يكون (لها) أي
لهذه المذكورات (نوع إفضاء) إلى الحكم (في الجملة ولو) كان ذلك الإفضاء) بعد حين)." [١]
"القياس) لما عرفت من أنه عبارة عن القياس الخفي بالنسبة إلى قياس طاهر (ولزم أن لا يعدى)
من محل إلى محل آخر (ما) أي حكم ثبت (بغير قياس) أي **على خلاف القياس** (وهو) أي

تيسير التحرير ج:٤ ص:٨٢
القياس الذي لا يعدى بدونه (استحسان أولا) أي أو ليس باستحسان يعني يعم القياس
الجلي والخفي ويحتمل أن يكون الضمير راجعا إلى غير القياس فالمراد حينئذ بقوله استحسان
الاستحسان بالأثر وقد مر (لأنه) أي ما ثبت بغير القياس (معدول) عن سنن القياس
ومن شروط حكم الأصل أن لا يكون معدولا عنه (كإيجاب يمين البائع في اختلافهما) أي
عند اختلاف البائع والمشتري (في قدر الثمن بعد قبض المبيع) مع قيامه (بإطلاق النص)
وهو قوله – صلى الله عليه وسلم – إذا اختلف البيعان ولم يكن بينهما بينة والسلعة قائمة فالقول قول البائع
أو
يترادان والقياس أن لا يمين عليه فإن قلت ليس في النص إيجاب اليمين قلت في
عرف الشرع إذا قيل فالقول قوله في مقام الخصومة يراد مع اليمين وأيضا قوله أو يترادان
معطوف على مقدر أي تحالف البائعان أو يترادان (لأن المشتري لا يدعى عليه) أي البائع (مبيعا
لتسلمه) أي المشتري (إياه) أي المبيع وهو معترف به وإذا لم يكن ثمة دعوى من المشتري
في حق المبيع ولا إنكار من البائع لا يتوجه اليمين على البائع لأن اليمين على المنكر وقد
يقال صورة الدعوى من المشتري حاصلة وقد اكتفى بها في قبول بيته فيكتفي بها في يمين البائع
أقول يمكن أن يجاب عنه بأن قوله – صلى الله عليه وسلم – ولم يكن بينهما بينة دل على أنه إذا
كان تقبل فقبولها اكتفاء بصورة الدعوى ثبت بالنص **على خلاف القياس** مقتصرا على مورده

(١) تيسير التحرير، ٨٤/٤

(فلا يتعدى) إيجاب اليمين (إلى الإجارة) فيما إذا اختلفا في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة بل القول قول المستأجر مع يمينه لأنه منكر الزيادة (و) إلى (الوارثين) بلفظ المثنى أي." (١)

"فاختصاصه بالأصل يمنع تعديته للفرع، كزيادته – صلى الله عليه وسلم – في النكاح على أربع نسوة، وتحريم نكاح نسائه من بعده، ونحو قصة أبي بردة بن نيار في الأضحية حين قال للنبي – صلى الله عليه وسلم –: عندي جذعة خير من مسنة، فقال: ((اذبحها، ولن تجزي عن أحد بعدك)) [متفق عليه].

[٤] أن لا يكون حكما منسوخا.

وهذا ظاهر.

تنبيه: اشترط بعض العلماء هنا شرطا خامسا، هو: أن لا يكون الأصل معدولا به عن القياس، ويعبر البعض عن ذلك بقوله: (**على خلاف القياس**).

وهذا في التحقيق شرط فاسد؛ لأن صحة القياس إنما تعرف بالنص، فإذا ظن مجيء نص صحيح **على خلاف القياس** فذلك دليل على فساد ذلك القياس، ولا يصلح نصب التعارض بين قياس صحيح ونص صحيح لأنه غير وارد، وإن ادعي وجوده فذلك في الذهن لا في نفس الأمر.

٤. العلة

تعريفها:

هي الوصف الذي بني عليه حكم (الأصل) وبناء على وجوده في (الفرع) يسوى بـ(الأصل) في حكمه، وهي في المثال المتقدم التعويق عن حضور الجمعة أو خوف تفويتها.

و(العلة) أعظم أركان القياس.

"الفرق بينها وبين الحكمة:

جميع أحكام شريعة الإسلام إنما شرعت لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، فهي إما لجلب منفعة أو دفع مضرة أو رفع حرج.

وهذه المصالح هي مقاصد التشريع، وهي الحكمة منه، والقرآن والسنة ينبهان المكلفين في كل حكم تشريعي على هذه المقاصد.." (٢)

---

(١) تيسير التحرير، ٤/١٢٠

(٢) تيسير علم أصول الفقه .. للجديع، ٢/٣٩

"أي لما ثبت من كون خبر الواحد حجة على الإطلاق بالدلائل القطعية كذا في التلويح وفي العضد. قلنا: لا شبهة مع الحديث الصحيح كما لا شبهة مع الشهادة وظاهر الكتاب وإن قام الاحتمال فيها. قوله: (نص على درء الحدود فيها) من جملة ما تدرأ به عدم العمل فيها بشهادة الآحاد فيكون مخصصا لعموم دليل العمل بالشهادة. قوله: (بغير الحد) أي بغير خصوص الحد يعني خبر الآحاد الوارد بالعمل بالشهادة من حيث هي تعلقت بحد أو لا، فيقال حينئذ إنها لو كانت متعلقة بالحد بطل الفرق لأن الحد يدرأ بالشبهة ولو في الشهادة به، ويرد على ذلك أن خبر الآحاد الوارد بالعمل بالشهادة لـ لكرخي أن لا يلتزم أنه لا يجب العمل به في الحدود، وإنما العمل بالشهادة فيها للإجماع لما تقدم أن خبر الواحد في الفتوى والشهادة يجب العمل به إجماعا، وحينئذ لا يصح تمسك الشارح بهذا الطريق، وحينئذ يتعين في معنى كلام الشارح الوجه الثاني. قوله: (لجواز أن المراد الشهادة الخ) أي لجواز أن يكون المراد بالشهادة في كلام الشارح الشهادة بخصوص الحد وأنها نفسها خبر آحاد فإنه يجب العمل بها إجماعا من الكرخي وغيره كما مر. وفيه أنه إن كان المراد أنهم شهدوا أن النبي قال: إن شارب الخمر يحد مثلا فهذه ليست شهادة بل خبر آحاد وإن كان المراد أنهم شهدوا على الزاني بموجب الحد فهي وإن كانت خبر آحاد شهادة يجب العمل بها إجماعا، ويفرق بينها وبين خبر الآحاد فإنها خاصة بما وقعت فيه وحكم خبر الواحد عام في الأشخاص والأزمان كما مر. وفيه أن قوله : «ادرأوا الحدود بالشبهات» عام فيما تعلق بخاص كالشهادة أو بعام كخبر الآحاد، فهذا الفرق لا يجدي على الكرخي شيئا وثبت ما قاله الشارح. نعم للكرخي أن يقول كما في التوضيح: إن ثبوت الحد بالبينة إنما هو بالنص **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه ثبوته بخبر الواحد، وإنما كان **على خلاف القياس** لأن البينة خبر آحاد فهو دليل فيه شبهة والحد يدرأ بها." (١)

"ومنها :- ما ذكرناه من الفروع سابقا ، في إجابة السؤال الذي قبل هذا ، فإنها تتكلم عن تلك الأحاديث التي ردها بعض المالكية بحجة أنها مخالفة للقاعدة المتقررة عندهم في عمل أهل المدينة فردوها لمخالفتها للقاعدة ، وبما أننا ذكرنا طرفا كبيرا منها فيغني عن تكثير التمثيل لهذه القاعدة ونكتفي بما أوردناه سابقا ، وسيأتي إن شاء الله تعالى فروع كثيرة فيما خولفت فيه الأحاديث بسبب القواعد ، وهي في الأسئلة التي بعد هذا ، والمهم الآن أن تعرف أن القاعدة المتقررة عندنا بالدليل تقول (لا تجوز معارضة

(١) حاشية البناني، ٥٣/٣

أخبار الآحاد بما يدعى أنه من القواعد) فاحفظ هذه القاعدة، فإنها من قواعد تعظيم الدليل ، والله أعلم .

س١١٥) هل هناك نصوص وردت **على خلاف القياس؟** مع بيان ذلك بالتمثيل؟." (١)

"ج) أقول :- هذه من المسائل الكبار ، وقد تولاها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم بالتفصيل والتحليل بما لا مزيد عليه ، وسيكون كلامنا في هذه الجواب عبارة عن خلاصة ما قالوه في هذه المسألة ، فأقول وبالله تعالى التوفيق :- لا ، أبدا ، ليس في الشريعة شيء يخالف القياس هذه الدعوى لا أساس لها من الصحة وإنما يدعيها من لا تحقيق عنده في العلم ، أو أنه أصل أصلا وقعد قاعدة من عنده بالنظر إلى بعض الأدلة دون النظر في جميعها ، ثم لما اطلع على ما تركه من الأدلة ورآها مخالفة للأصل الذي أصله قال :- هذه الأدلة على خلاف الأصل والقياس ، والعيب في ذلك جاء منه لا من الدليل ، ثم إن سلمنا جدلا أن هناك من الأدلة ما يخالف القياس فإن الحق وجوب تقديم الدليل ، لأن المتقرر عند عامة أهل السنة أن القياس إذا صادم النص فإنه فاسد الاعتبار ، فلا حق لأحد أن يلغي شيئا من الأدلة بحجة أنه خالف القياس ، ثم اعلم :ـ أن القياس قسمان :ـ قياس صحيح ، وقياس باطل ، فأما القياس الصحيح فإنه من جملة أدلة الشريعة وأدلة الشريعة لا يمكن أن يقع بينها تعارض فمن يثبت وجود التعارض بين بعض النصوص وبعض الأقيسة فإنه يثبت بين الأدلة الشرعية تعارضا واضطرابا ، وهذا لا يجوز ، وأما القياس الفاسد الباطل فإنه ليس من الشريعة أصلا ، فكيف يجعل معارضا للنصوص ؟ وبه تعلم أن القاعدة المتقررة عند أهل التحقيق من أهل العلم تقول (ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس** المقبول الصحيح) وأصل هذه القاعدة يرجع إلى قاعدة أخرى ، وهي :- هل يتعارض العقل مع النقل ؟ فأهل السنة جروا على أنه لا تتعارض النقول الصحيحة مع العقول الصريحة ، ومن المعلوم أن القياس من الأدلة العقلية التي أقر الشرع منها ما كان مستوفيا لشروط الصحة ، وحيث كان القياس من أدلة العقل فلا يمكن أبدا أن يتعارض مع النقل ، لأن النقل الصحيح لا يتعارض مع العقل الصريح ، ولكن كثير من الأقيسة." (٢)

"فمنها :- قيل :- إن الوضوء من لحم الإبل **على خلاف القياس** ، لأن القياس يقضي أنه لحم واللحم لا يتوضأ منه كسائر اللحوم ، كلحم الغنم والبقر والخيل ونحوها ، فاختصاص الإبل بإيجاب الوضوء

---

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٤٩

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٥٠

دون سائر اللحمان ورد **على خلاف القياس** ، قلت :- وهذا قول باطل ، لأن الوضوء من لحومها ورد وجب بمقتضى النص ، وهو المتوافق مع القياس كل الموافقة ، وبيان ذلك أن يقال :- روى مسلم في صحيحه من حديث جابر بن سمرة أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أأتوضأ من لحوم الغنم قال (إن شئت فتوضأ وإن شئت فلا توضأ) قال أتوضأ من لحوم الإبل قال (نعم فتوضأ من لحوم الإبل) قال أصلي في مرابض الغنم قال (نعم) قال أصلي في مبارك الإبل قال (لا) ، وروى أحمد في المسند وأبو داود في السنن من حديث البراء بن عازب قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الوضوء من لحوم الإبل فقال توضئوا منها وسئل عن لحوم الغنم فقال لا توضئوا منها وسئل عن الصلاة في مبارك الإبل فقال لا تصلوا في مبارك الإبل فإنها من الشياطين وسئل عن الصلاة في مرابض الغنم فقال صلوا فيها فإنها بركة .. ولأحمد في المسند من حديث أسيد بن حضير قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال توضئوا من لحوم الإبل ولا توضئوا من لحوم الغنم وصلوا في مرابض الغنم ولا تصلوا في مبارك الإبل ...." (١)

"ومنها :- قال بعض أهل العلم :ـ إن التفطير بالحجامة **على خلاف القياس** ، لأن القياس إنما هو التفطير بما يدخل للجسم لا بما يخرج منه ، قلت :- وهذا فاسد ، ودليل فساده أثري ونظري فأما الأثري فلأن فساد الصوم بالحجامة قد دل عليه الدليل الشرعي الصحيح الصريح ، فقد روى أبو داود وغيره من حديث ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أفطر الحاجم والمحجوم ...." (٢)

"ومنها :- قال بعض أهل العلم :- إن الاشتراط في الإحرام في الحج **على خلاف القياس** ، لأن القياس في العبادات عدم الاشتراط ، فالصلاة يدخل فيها العبد ولا يشترط ، والزكاة يخرجها العبد ولا يشترط ، والصوم يدخل فيه العبد ولا يشترط ، فاختصاص الحج بمشروعية الاشتراط ورد **على خلاف القياس** ، فأقول :- أبدا هذا ليس بصحيح ، لا أثرا ولا نظرا ، ذلك لأن الدليل الأثري قد أثبت مشروعية الاشتراط في الإحرام ، فقد روى البخاري في الصحيح ، عن هشام عن أبيه عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على ضباعة بنت الزبير فقال لها لعلك أردت الحج قالت والله لا أجدني إلا وجعة فقال لها حجي واشترطي وقولي اللهم محلي حيث حبستني وكانت تحت المقداد بن الأسود.. ولمسلم " إني امرأة ثقيلة وإني أريد الحج فما تأمرني قال أهلي بالحج واشترطي أن محلي حيث تحبسني قال فأدركت "

---

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٥٢

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٥٥

وله في رواية " فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تشترط ففعلت ذلك عن أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم " ولأبي داود أنها قالت يا رسول الله إني أريد الحج أشترط قال نعم قالت فكيف أقول قال قولي لبيك اللهم لبيك ومحلي من الأرض حيث حبستني ...." (١)

"هذا **على خلاف القياس** ؟ هذا لا يصدر إلا ممن لم يعرف مأخذ القياس أصلا ، ولم ينظر إلا إلى جهة واحدة ،والله أعلى وأعلم .

ومنها :- القول الصحيح والرأي الراجح المليح هو أن المرتهن يجوز له أن يركب الرهن ويشرب لبنه إن كان مركوبا أو محلوبا ، بشرط أن تكون النفقة عليه ، وبرهان ذلك ما رواه البخاري في صحيحه قال :- حدثنا محمد بن مقاتل أخبرنا عبد الله أخبرنا زكرياء عن الشعبي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة " قال الحافظ في الفتح (وفيه حجة لمن قال يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا قام بمصلحته ولو لم يأذن له المالك وهو قول أحمد وإسحاق) وذهب الجمهور إلى أن المرتهن لا ينتفع من المرهون بشيء ، وتأولوا الحديث لكونه ورد **على خلاف القياس** من وجهين : أحدهما:- التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه ، والثاني تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .." (٢)

"عليك ، وأنا أستحق أن أطالبك بها لحفظ المرهون والمستأجر ، فإذا رضي المنفق بأن يعتاض بمنفعة الرهن وكانت نظير النفقة كان قد أحسن إلى صاحبه ، وذلك خير محض ، فلو لم يأت به النص لكان القياس يقتضيه ، وطرد هذا القياس ، أن المودع والشريك والوكيل إذا أنفق على الحيوان واعتاض عن النفقة بالركوب والحلب جاز ذلك كالمرتهن) اهـ كلامه رحمه الله تعالى ، وفيه الرد المحكم على من زعم أن هذا الحديث **على خلاف القياس** ، وتبين بكلامه أن الحديث ورد على وفق القياس ، والله أعلم .." (٣)

"ومنها :- لا شك أنه لا يجوز تصرية الإبل والغنم والبقر ، أي لا يجوز حبس اللبن في ضروعها ثم تعرض في السوق بعد ذلك ليغتر المشتري بكبر الضرع بسبب حبس اللبن - وهو لا يدري عن حقيقة

---

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٦٠

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٦٢

(٣) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٦٦

الحال – ولكن ما الحكم إن اشتراها ثم تبين له بأخرة أنه قد خدع ؟ أقول :– لقد وردت السنة الصحيحة بحل المسألة ، وهو فيما رواه البخاري في صحيحه قال :– حدثنا ابن بكير حدثنا الليث عن جعفر بن ربيعة عن الأعرج قال أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم " لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر" فنحن نقول :– إن التصرية حرام في الأصل ، لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال " لا تصروا " وهذا نهي ، وقد تقرر في القواعد أن النهي المتجرد عن القرينة يفيد التحريم ولأنه من الغش ، وفي الحديث " من غش فليس منا " والراجح أن المشتري إن حلبها وتبين له أنه مخدوع بها فهو بخير النظرين ، إما أن يمسكها عنده ، وإما أن يردها ، فإن اختار الرد فيجب عليه أن يرد معها صاعا من تمر ، هكذا قضت السنة الصحيحة ، قال الحافظ في الفتح (قد أخذ بظاهر هذا الحديث جمهور أهل العلم وأفتى به ابن مسعود وأبو هريرة ولا مخالف لهم من الصحابة ، وقال به من التابعين ومن بعدهم من لا يحصى عدده ولم يفرقوا بين أن يكون اللبن الذي احتلب قليلا أو كثيرا ، ولا بين أن يكون التمر قوت تلك البلد أم لا) ولكن ادعى بعض أهل العلم أن هذا الحديث **على خلاف القياس** ، فقد خالف في أصل المسألة أكثر." (١)

"ومنها :– لا شك أن القرض من الأمور المستحبة التي وردت فيها الأدلة المرغبة فيها من الكتاب وصحيح السنة، ولكن من ضعف علمه يقول :ـ إن القرض **على خلاف القياس** ، قال أبو العباس ابن تيمية رحمه الله تعالى مبينا وجه كونه معارضا للقياس عند من يقول بذلك مع الرد عليهم فقال رحمه الله تعالى (ومن قال : القرض خلاف القياس قال : لأنه بيع ربوي بجنسه من غير قبض وهذا غلط فإن القرض من جنس التبرع بالمنافع كالعارية ولهذا { سماه النبي صلى الله عليه وسلم منيحة فقال : أو منيحة ذهب أو منيحة ورق } وباب العارية أصله أن يعطيه أصل المال لينتفع بما يستخلف منه ثم يعيده إليه فتارة ينتفع بالمنافع كما في عارية العقار وتارة يمنحه ماشية ليشرب لبنها ثم يعيدها وتارة يعيره شجرة ليأكل ثمرها ثم يعيدها فإن اللبن والثمر يستخلف شيئا بعد شيء بمنزلة المنافع ولهذا كان في الوقف يجري مجرى المنافع والمقرض يقرضه ما يقرضه لينتفع به ثم يعيد له بمثله فإن إعادة المثل تقوم مقام إعادة العين ولهذا نهي أن يشترط زيادة على المثل كما لو شرط في العارية أن يرد مع الأصل غيره .." (٢)

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٦٧

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٧٣

"ومنها :- ما لا ينقضي منه عجبي ، وهو قول من قال :- إن النكاح **على خلاف القياس** ، لأن النكاح فيه ابتذال للمرأة ، والإنسان شريف مكرم ، وهذا في غاية العجب ، قال أبو العباس في بيان قولهم والرد عليهم فقال بعد كلام لهم (والنكاح **على خلاف القياس** ونحو ذلك : فهو من أفسد الأقوال وشبهتهم أنهم يقولون : الإنسان شريف والنكاح فيه ابتذال المرأة وشرف الإنسان ينافي الابتذال . وهذا غلط فإن النكاح من مصلحة شخص المرأة ونوع الإنسان والقدر الذي فيه من كون الذكر يقوم على الأنثى هو من الحكمة التي بها تتم مصلحة جنس الحيوان فضلا عن نوع الإنسان ومثل هذا الابتذال لا ينافي الإنسانية كما لا ينافيها أن يتغوط الإنسان إذا احتاج إلى ذلك وأن يأكل ويشرب وإن كان الاستغناء عن ذلك أكمل بل ما احتاج إليه الإنسان وحصلت له به مصلحته فإنه لا يجوز أن يمنع منه والمرأة محتاجة إلى النكاح وهو من تمام مصلحتها فكيف يقال: القياس يقتضي منعها أن تتزوج ؟) وظهور بطلان هذا القول كاف في تطويل الرد عليه ، والله أعلم .." (١)

"والله تعالى أعلم .

ومنها :- القول الصحيح جواز السلم ، وهو بيع موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد ، وقد دل الدليل الشرعي الصحيح الصريح على جوازه ، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال:- قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال " أسلفوا في الثمار في كيل معلوم إلى أجل معلوم" واعتقد بعض أهل العلم أن السلم **على خلاف القياس** ، قال أبو العباس ابن تيمية رحمه الله تعالى :-(وأما قولهم : السلم **على خلاف القياس** فقولهم هذا من جنس ما رووا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : { لا تبع ما ليس عندك } وأرخص في السلم " وهذا لم يرو في الحديث وإنما هو من كلام بعض الفقهاء وذلك أنهم قالوا : السلم بيع الإنسان ما ليس عنده فيكون مخالفا للقياس ونهي النبي صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده : إما أن يراد به بيع عين معينة فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه وفيه نظر . وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة وهذا أشبه ؛ فيكون قد ضمن له شيئا لا يدري هل يحصل أو لا يحصل ؟ وهذا في السلم الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه والمناسبة فيه ظاهرة .." (٢)

---

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٧٥

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٧٧

"فأما السلم المؤجل فإنه دين من الديون وهو كالابتياع بثمن مؤجل فأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وكون العوض الآخر مؤجلا في الذمة ؟ وقد قال تعالى : { إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه } وقال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون في الذمة حلال في كتاب الله وقرأ هذه الآية فإباحة هذا على وفق القياس لا على خلافه) وقال ابن القيم رحمه الله تعالى (وأما السلم فمن ظن أنه **على خلاف القياس** توهم دخوله تحت قول النبي صلى الله عليه وسلم { لا تبع ما ليس عندك } فإنه بيع معدوم ، والقياس يمنع منه والصواب أنه على وفق القياس ، فإنه بيع مضمون في الذمة موصوف مقدور على تسليمه غالبا وهو كالمعاوضة على المنافع في الإجارة ، وقد تقدم أنه على وفق القياس ، وقياس السلم على بيع العين المعدومة التي لا يدري أيقدر على تحصيلها أم لا ، والبائع والمشتري منها على غرر ، من أفسد القياس صورة ومعنى ، وقد فطر الله العقلاء على الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور له وبين السلم إليه في مغل مضمون في ذمته مقدور في العادة على تسليمه ، فالجمع بينهما كالجمع بين الميتة والمذكى والربا والبيع .." (١)

"ومنها :- قال الأحناف رحمهم الله تعالى :- فرك المني **على خلاف القياس** ، لأنه نجس ، والقياس غسله ، فلما اكتفى الشارع بفركه علمنا أنه عدل به عن سنن القياس ، قلت :- وهذا ليس بصحيح ، لأن الحق أن المني طاهر، لأنه صلى الله عليه وسلم اكتفى بغسله بلا أمر قولي ، فهو حكاية فعل ، والأفعال لا ترتقي إلى الوجوب ، وقد تقرر في الضوابط أن الأعيان التي غسلت بلا أمر قولي ، فإن هذا الغسل لا يفيد أنها نجسة ، ولأنه أصل بني آدم ، وهو مكرم ، ومن مقتضى تكريمه طهارة أصله ، فالراجح طهارة المني ، وهو اختيار شيخ الإسلام ، بل هو جمهور الفقهاء رحمهم الله تعالى ، ثم أقول :- حتى ولو سلمنا أنه نجس ، فإن إزالته بغير الماء ليس **على خلاف القياس** ، لأنه قد ثبت في الشرع له نظير ، ألا ترى أنه قد شرع إزالة الخارج من السبيلين بالحجر وشرع فرك النعل المتنجسة بالأرض ، وذيل المرأة يطهره ما بعده من مروره على أرض طاهرة فليس فرك المني إلا من ذلك لو فرضنا جدلا أنه نجس ، لكنه في الحق من الطاهرات وليس نجسا والله أعلم .." (٢)

---

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٧٨

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٨١

"ومنها :- لقد دل الدليل على أن الخمر إن تخللت بنفسها دون فعل الآدمي فإنها تحل ، وتطهر لأنها حينئذ تكون خلا ، وقد زعم بعض العلماء على أن طهارة الخمر بالاستحالة **على خلاف القياس** وقد رد ابن القيم هذا القول فقال (طهارة الخمر بالاستحالة على وفق القياس وعلى هذا الأصل فطهارة الخمر بالاستحالة على وفق القياس ، فإنها نجسة لوصف الخبث ، فإذا زال الموجب زال الموجب ، وهذا أصل الشريعة في مصادرها ومواردها بل وأصل الثواب والعقاب وعلى هذا فالقياس الصحيح تعدية ذلك إلى سائر النجاسات إذا استحالت ، وقد { نبش النبي صلى الله عليه وسلم قبور المشركين من موضع مسجده ، ولم ينقل التراب } وقد أخبر الله سبحانه عن اللبن أنه يخرج من بين فرث ودم ، وقد أجمع المسلمون على أن الدابة إذا علفت بالنجاسة ثم حبست وعلفت بالطاهرات حل لبنها ولحمها ، وكذلك الزرع والثمار إذا سقيت بالماء النجس ثم سقيت بالطاهر حلت لاستحالة وصف الخبث وتبدله بالطيب ، وعكس هذا أن الطيب إذا استحال خبيثا صار نجسا كالماء والطعام إذا استحال بولا وعذرة ، فكيف أثرت الاستحالة في انقلاب الطيب خبيثا ولم تؤثر في انقلاب الخبيث طيبا ؟ والله تعالى يخرج الطيب من الخبيث والخبيث من الطيب ، ولا عبرة بالأصل ، بل بوصف الشيء." (١)

"ومنها :- لقد دل على جواز التيمم الكتاب والسنة والإجماع ، ولكن زعم بعض أهل العلم أنه جرى **على خلاف القياس** ، وابن القيم رحمه الله تعالى بين ذلك ورد عليه قال رحمه الله تعالى (التيمم جار على وفق القياس] ومما يظن أنه **على خلاف القياس** باب التيمم ، قالوا : إنه **على خلاف القياس** من وجهين : أحدهما : أن التراب ملوث لا يزيل درنا ولا وسخا ولا يطهر البدن كما لا يطهر الثوب .والثاني : أنه شرع في عضوين من أعضاء الوضوء دون بقيتها ، وهذا خروج عن القياس الصحيح .." (٢)

"والقاعدة الفقهية : أن (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) ، ولذا جوزت **على خلاف القياس** سواء كانت عامة ، نحو : مشروعية الإجارة والجعالة والقراض (المضاربة) ، فالعقد في الأولى ورد على منافع معدومة ، والعقد فيما بعدها فيه جهالة ، ونحوهما السلم ..

(١) انظر : إحياء علوم الدين ٢/٢٥٨ - ٢٦٢ والأشباه والنظائر للسيوطي /٧٧

---

(١) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٨٢

(٢) تعريف الطلاب بأصول الفقه في سؤال وجواب، ص/٣٨٤

(٢) سورة الحج من الآية ٧٨

أو كانت خاصة ، نحو : لبس الحرير لمرض ، واقتناء الكلب للحراسة أو الصيد (١) .

ثانيا : أقسام الرخصة

أولا – أقسام الرخصة عند الحنفية :

قسم الحنفية الرخصة إلى أقسام باعتبارين مختلفين :

الأول : باعتبار الحقيقة والمجاز .

الثاني : باعتبار الإسقاط والترفيه .

ونفصل القول فيهما فيما يلي :

التقسيم الأول : أقسام الرخصة باعتبار الحقيقة والمجاز ..

إن الناظر في كتب الحنفية يرى أنهم نوعوا الرخص بهذا الاعتبار أنواعا أربعة :

نوعان من الحقيقة أحدهما أحق من الآخر .

ونوعان من المجاز أحدهما أتم من الآخر في كونه مجازا ..

ونفصل القول في كل واحد منهما فيما يلي :

النوع الأول : ما استبيح مع قيام السبب المحرم ..

أي الفعل الذي يعامل معاملة المباح في عدم المؤاخذة ، مع بقاء الوصف الذي كان عليه من قبل ، وهو أن يكون محرما في نفسه .

مثاله : إجراء كلمة الكفر والشرك على اللسان عند الإكراه ، فإن حرمة الشرك والكفر قائمة أبدا ؛ لأن المحرم له باق ، وهو الأدلة على وجوب الإيمان بالله تعالى وعدم الشرك به ، ولكن الشارع رخص لمن

(١) انظر : قواعد الأحكام ١٣٩/٢ والمنثور ٢٤/٢ – ٢٦ والأشباه والنظائر للسيوطي /٨٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم /٩١ ، ٩٢." [1]

(١) إبهاج العقول في علم الأصول، ص/١٨١

"ولا بد أولا من بيان حقيقة الاستحسان وقد قال قائلون من أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه الاستحسان مذهب لا دليل عليه وهذا كفر ممن قاله وممن يجوز التمسك به ولا حاجة فيه إلى دليل وقال قائلون هو معنى خفي تضيق العبارة عنه وهذا أيضا هوس فإن معاني الشارع إذا لاحت في العقول انطلقت الألسن بالتعبير

عنها فما لا عبارة عنه لا يعقل والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي وقد قسمه أربعة أقسام منها اتباع الحديث وترك القياس كما فعلوا في مسألة القهقهة ونبيذ التمر ومنها اتباع قول الصحابي **على خلاف القياس** كما قاله في تقدير أجرة." (١)

"ثم قال: ولو أعتق جارية من رقيقه، ثم نسيها ومات لم يجز للقاضي التحري ولا بقوله للورثة: أعتقوا أيتهن شئتم، أو أعتقوا التي أكبر ظنكم أنها حرة ولكنه يسألهم، فإن زعموا أن الميت أعتق هذه بعينها

١٨٦= أعتقها واستحلفهم على عملهم في الباقيات فإن لم يعرفوا من ذلك شيئا أعتقهن كلهن

١٨٧= وأسقط عنهن قيمة إحداهن وسعين فيما بقي

وأقول: ليس المراد الضرورة مطلقا بل ما سوى ضرورة النكاح؛ لأجل/(١) بقاء النسل فلا مخالفة؛ لأن ما في « كشف الأسرار »: بالنظر إلى الأصل يعني أن حل النكاح **على خلاف القياس** لضرورة التوالد/(٢) والتناسل، والضرورة في كلام «الكافي» بمعنى الاضرار والاحتياج ومعناه: أن النكاح لا يحل مع الاضطرار إليه؛ حيث كان فيه جهة حرمة كذا لبعض "الأفاضل".

١٨٦= قوله: أعتقها واستحلفهم. أي حكم بعتقها "حموي"(٣).

١٨٧= قوله: وأسقط عنهن [قيمة إحداهن. قيل عليه: لا يخفى ما فيه وينبغي أن يقال: أسقط عنهن ربع](٤) قيمتهن؛ لأن القيمة تختلف، ولا يجوز تعيين(٥) قيمة إحداهن بعينها اهـ.

وخرج عن هذا الأصل مسألة في فتاوى قاضي خان: صبية أرضعها قوم ١٨٨= ولم يعرفوا المعتقة.

---

(١) بداية ٢٥٨ من النسخة (ج).

(٢) بداية ١١٧/أ من النسخة (د).

(٣) غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ١/٢٢٧.

---

(١) المنخول، ص/٤٧٧

(٤) ما بين المعقوفين ساقط من (د).

(٥) في (جـ) تمييز.." [1]

"٣ تندرج صور الوقائع تحت أصل واحد، وتتفق في الحكم إذا كانت متماثلة من كل وجه له مناسبة بالحكم، فإذا اختلف بعض المسائل في الحكم؛ عرفنا أنها لم تكن متماثلة تماثلا تاما، وأن اختلافها في الحكم كان لوجه يفرق بينها في نفس الأمر؛ فوصف بعض الفقهاء العرايا ونحوها بأنها مخالفة للقياس أو خارجة عن الأصل لا يصح إلا إذا أرادوا القياس أو الأصل الذي يتراءى لهم في بادئ النظر "خ". قلت: حقق ابن تيمية في "مجموع الفتاوى" "٢٠/ ٥٥٥" وتلميذه ابن القيم في "إعلام الموقعين" أنه لم يثبت شيء في الشريعة **على خلاف القياس**.

٤ بعدها في "ط" وحدها كلمة لم نتبينها.

٥ لا يرد على هذا اختلاف الأحكام عند اختلاف العرف والعادة؛ فإنه ليس باختلاف في أصل الخطاب، وتحقيقه أن العوائد إذا اختلفت؛ رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يختص بها وينطبق حكمه عليها "خ".." [2]

"٦ في "إعلام الموقعين" "المجلد الثاني إلى ص ١٣٠" أجوبة سديدة عن أكثر ما ذكره هنا، وأثبت فيه بما لا مزيد عليه أنه لم يثبت شيء في الشريعة **على خلاف القياس**.." [3]

"٢. (الرخص لا يتعدى بها مواضعها): نص على هذه القاعدة عند بيان مسائل تتصل بصلاة العذر، إذ يقول معللا لبعض الأحكام: (إن الفرض استقبال القبلة والصلاة قائما، فلا يجوز غير هذا إلا في المواضع التي دل رسول الله صلى الله عليه وسلم، عليها، ولا يكون شيء قياسا عليه، وتكون الأشياء كلها مردودة إلى أصولها، والرخص لا يتعدى بها مواضعها).

ونجده يوحي إلى معنى هذه القاعدة في موضع آخر من ضرب المثال لها فيقول: (ولم نعد بالرخصة موضعه كما لم نعد بالرخصة المسح على الخفين، ولم نجعل عمامة ولا قفازين قياسا على الخفين).

ويبدو عند التأمل أن هذه القاعدة قريبة مما تقرره القاعدة المشهورة: (ما ثبت **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس عليه).

---

(١) تحقيق الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢٥٣

(٢) الموافقات. ط ابن عفان – مشهور حسن، ١٦٢/٢

(٣) الموافقات. ط ابن عفان – مشهور حسن، ٨٦/٨

٣. (ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله).

هذه القاعدة أفصح عنها عند نقاش موضوع الاجتماع على مسائل فقهية، ثم تداولها الفقهاء وطبقوها في كثير من الأحكام، ولا شك أن القاعدة في موضعها جرت حسب مقتضى الموضوع، وربما لم تكن هناك حاجة إلى مزيد من الكلام لكن الفقهاء لم يقفوا عندها بل أتبعوها باستثناء يكمل الموضوع فأضافوا إليها: (ولكن السكوت في موضع الحاجة بيان) وهذا المثال خير شاهد على التطور المستمر المتواصل في صيغ القواعد على امتداد الزمان.

٤. (ا) يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها.

(ب) قد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات.

(ج) كل ما أحل من محرم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة، فإذا زايل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم، مثلا: الميتة المحرمة في الأصل المحلة للمضطر، فإذا زايلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم). فهذه القواعد الثلاث التي تباينت صيغها ومظاهرها نجدها متحدة في مغزاها، فإنها تفضى إلى مفهوم واحد وهو بيان حكم الضرورة.." (١)

"المراد بالحاجة هنا ما كان دون الضرورة، لأن مراتب ما يحرص الشرع على توفيره للإنسان ثلاث:

الأولى: الضرورة: وهي بلوغ الإنسان حدا إذا لم يتناول الممنوع عنه هلك أو قارب، وهذا يبيح تناول الحرام، كما فصل في قاعدة سابقة.

الثانية: الحاجة: وهي بلوغ الإنسان حدا لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أه يكون في جهد ومشقة، فهذا لا يبيح الحرام، ولكنه يسوغ الخروج على بعض القواعد العامة ويبيح الفطر في الصوم.

الثالثة: الكمالية أو التحسينية: وهي ما يقصد من فعله نوع من الترفه وزيادة في لين العيش.

وما عدا ذلك فهو زينة وفضول دون الخروج عن الحد المشروع.

فإذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع من الناس أو خاصة بشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها، لكن الحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع العبد تركه بخلاف الضرورة لأن مبنى الضرورة على لزوم فعل ما لا بد منه للتخلص من عهدة تلزم العبد ولا يسعه الترك.

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها:

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٦٢/١

مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة والسلم جوزت **على خلاف القياس** لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة؛ لأن الإجارة والسلم بيع معدوم وبيع المعدوم باطل، ولكنه جوز هنا لحاجة الناس، والجعالة فيها جهالة.

وفي الحالة بيع دين بدين وهو ممنوع، ولكنه جوز هنا لعموم الحاجة.

ومنها جواز الاستصناع وهو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا مثل أن يقول لصانع، كخياط مثلا، اصنع لي ثوبا، أو خط لي ثوبا من هذا القماش بهذه الصفة وبهذا الثمن، فيصح، أو يقول لمقاول ابن لي بيتا على هذا المخطط.

ومنها ضمان الدرك وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، جوز **على خلاف القياس** للجهالة من المكفول به للحاجة إليه.

-- القاعدة الكلية الفرعية السابعة:

قاعدة: (الاضطرار لا يبطل حق الغير):

هذه القاعدة تعتبر قيدا لقاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات).." [(١)]

"ص -٢٧٨-...فهذه العلة معلومة قطعا، فلا تنتقض بهذه الصورة، ولا يكلف المستدل الاحتراز عنها.

وكذلك لو كانت العلة مظنونة، كإباحة بيع العرايا١ نقضا لعلة من يعلل الربا بالكيل، أو الطعم، فإن مستثنى أيضا، بدليل: وروده على علة كل معلل، فلا يوجب نقضا على القياس، ولا يفسد العلة، بل يخصصها بما وراء الاستثناء، فيكون علة في غير محل الاستثناء.

ولا يقبل قول المناظر: إنه مستثنى، إلا أن يبين ذلك للخصم بكونه على خلاف قياسه أيضا، أو بدليل يصلح لذلك٢.

= لأنه إنما يجب الاحتراز عما ورد نقضا وهذا ليس كذلك. انظر: شرح مختصر الروضة "٣/ ٣٢٨".

١ روى البخاري ومسلم، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا". رواه البخاري: كتاب البيوع، باب المزابنة، وباب بيع الثمر على رءوس

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٧٤/٣

النخل بالذهب والفضة، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل من كتاب المساقاة، ومسلم: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

٢ لأنها دعوى، فتحتاج إلى دليل يثبتها.

قال الشيخ الطوفي: "واعلم أن قول الفقهاء: هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس، أو خارج عن القياس، أو ثبت **على خلاف القياس**، ليس المراد به بأنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به: أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي.

فمن ذلك: أن القياس عدم بيع المعدوم، وجاز ذلك في السلم، والإجارة توسعة وتيسيرا على المكلفين.

ومنه: أن القياس أن كل واحد يضمن جناية نفسه، وخولف في دية الخطإ رفقا بالجاني، وتخفيفا عنه، لكثرة وقوع الخطإ من الجناة.." (١)

"١٨٦= أعتقها واستحلفهم على عملهم في الباقيات فإن لم يعرفوا من ذلك شيئا أعتقهن كلهن

١٨٧= وأسقط عنهن قيمة إحداهن وسعين فيما بقي

وأقول: ليس المراد الضرورة مطلقا بل ما سوى ضرورة النكاح؛ لأجل/( )بداية ٢٥٨ من النسخة (ج).) بقاء النسل فلا مخالفة؛ لأن ما في « كشف الأسرار »: بالنظر إلى الأصل يعني أن حل النكاح **على خلاف القياس** لضرورة التوالد/( )بداية ١١٧/أ من النسخة (د).) والتناسل، والضرورة في كلام «الكافي» بمعنى الاضرار والاحتياج ومعناه: أن النكاح لا يحل مع الاضطرار إليه؛ حيث كان فيه جهة حرمة كذا لبعض "الأفاضل".

١٨٦= قوله: أعتقها واستحلفهم. أي حكم بعتقها "حموي"( )غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ١/٢٢٧.).

١٨٧= قوله: وأسقط عنهن [قيمة إحداهن. قيل عليه: لا يخفى ما فيه وينبغي أن يقال: أسقط عنهن ربع]( )ما بين المعقوفين ساقط من (د).) قيمتهن؛ لأن القيمة تختلف، ولا يجوز تعيين( )في (ج) تمييز.) قيمة إحداهن بعينها اهـ.

وخرج عن هذا الأصل مسألة في فتاوى قاضي خان: صبية أرضعها قوم ١٨٨= ولم يعرفوا المعتقة.

أقول( )أي: الحموي): فيه أنه إنما يتم ما ذكره أن لو كان الرقيق/( )بداية ١٣٧/ب من النسخة (أ).)

---

(١) روضة الناظر وجنة المناظر، ٣/٣٠٨

أربعة، وأما إذا كان أزيد من ذلك أو أنقص فلا، و"المصنف" لم يفرض المسألة في الأربعة بل فيما [هو](( )ما بين المعقوفين ساقط من (ج).) أعم من ذلك "حموي"(( )غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر ١/٢٢٧.).." (١)

"يعني: ليس للمخالف هنا من أجل تصحيح القياس إلا أن يعود إلى النص يقول: طعام بطعام. هذا لا يشمل الذرة.

يعني: ليس له مخلص إلا أن يمنع شمول دليل حكم الأصل للفرع وإلا لسلم من الاعتراض على القياس.

قال: (ولا معدولا به عن سنن القياس).

يعني: {من شرط حكم الأصل} وهو الشرط الرابع {أيضا: أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس} وهذا الشرط مبني على القول بأن بعض الأبواب الفقهية مخالفة للقياس، هذا الشرط مبني على أصل: وهو أن بعض الأبواب الفقهية خرجت عن القياس: كالمزارعة، الحوالة، والقرض، والتيمم، والسلم، والإجارة .. وغير ذلك.

هذه يعنون لها الفقهاء دائما يقولون: خرجت عن القياس، يعني: لو كانت جارية على القياس لما جاءت على هذا الحكم، معناه: أنها لو كانت جارية على القياس الصحيح لما خرجت عن الأصل، وهذا قول باطل، وإن شاع عند كثير من الفقهاء.

بل الصواب أن كل حكم شرعي فهو على سنن القياس، فهمه من فهمه وجهله من جهله، والحق أنه ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس.**

قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء **على خلاف القياس** الصحيح.

هنا قال: {وأن لا يكون} يعني: حكم الأصل (معدولا به عن سنن القياس).

{أي عن طريقه المعتبر فيه، لتعذر التعدية حينئذ}.

لأنه يكون غير معقول المعنى أو أنه معقول المعنى لكنه استثني، فيأتي الخلاف فيما استثني هل يجوز القياس عليه أم لا؟

والمعدول به هو: الخارج عن المعنى لا لمعنى، هكذا عبر الزركشي، فيخرج منه شيئان: الأول ما شرع ابتداء لا لمعنى، وهو ما يعبر عنه بأنه غير معقول المعنى، وهو ما يسمى بالتعبدات فلا قياس فيها البتة.

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢/٢٧١

فإنه لم يدخل حتى يقال: خرج.
والثاني: ما استثني من معقول المعنى كالعرايا، وما خرج عن الأصل هل يقاس عليه أم لا؟ مسألة خلافية.
قال هنا: {وذلك على ضربين}:
يعني: ما كان معدولا به عن سنن القياس على ضربين.
الأول: {لكونه لم يعقل معناه} يعني: ليست له علة وإنما هي تعبدية.
{إما لكونه استثني من قاعدة عامة كالعمل بشهادة خزيمة وحده فيما لا يقبل فيه شهادة الواحد} وإنما لا بد من اثنين، هذا لمعنى اختص بخزيمة دون غيره {أو لم يستثن كعدد الركعات وتقدير نصاب الزكاة ومقادير الحدود والكفارات} هذه لا يجري فيها القياس.
وإن كان فيه خلاف في الكفارات ونحوها.
{الضرب الثاني: ما عقل معناه}.
إذا: الأول: لم يعقل معناه.
{الثاني: ما عقل معناه. ولكن لا نظير له، وإلى ذلك أشير بقوله}: (أو لا نظير له له معنى ظاهر أو لا).
(أو لا نظير له) يعني: هذا الحكم الذي خرج عن سنن القياس ليس له نظير آخر؛ لأن حمل النظير على نظير هذا نوع من أنواع القياس، هذا ليس له نظير.." (١)

"ثم بين شروط حكم الأصل، وهذا فيه إشارة إلى أن هذه الأركان ليست على إطلاقها وإنما هي معتبرة مع شروطها، وحينئذ ليس كل أصل صح أن يشبه به، وليس كل فرع صح أن يكون مشبها، وليس كل علة يصح أن تجعل وجه شبه بين الفرع والأصل، وليس كل حكم يلحق به. وهو كذلك؛ إذ قد يكون الحكم لشيء غير معلل، وأين التعدية للعلة؟
قال: (وشرط حكم الأصل: كونه شرعيا إن استلحق شرعيا وغير منسوخ ولا شاملا لحكم الفرع) وهذه كلها مرت معنا.
الشرط الرابع قال: {ومن شرط حكم الأصل أيضا: أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس} وعرفنا أن هذا الشرط مبناه على أن بعض أبواب الفقه قد خرجت عن سنن القياس كالمزارعة، والحوالة، والقرض، والتيمم، والسلم .. ونحو ذلك.

---

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ٢١/٦١

هذه عند كثير من الفقهاء خارجة عن سنن القياس يعني: كان القياس أن يأتي فيها التحريم، ولكنها خرجت وجاءت بالإذن ونحو ذلك.

وهذا كما ذكرنا أنه لا وجه له ولا اعتبار به؛ إذ كل ما في الشريعة سواء ما ادعوا فيه أنه على القياس أو أنه خارج عن القياس لا يخرج عن القياس، بل هو موافق للقياس الصحيح.

ولذلك قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء **على خلاف القياس** الصحيح.

لأننا ادعينا أن القياس دليل شرعي، حينئذ فرع وأصل وعلة وحكم، كان الأصل في السلم التحريم بناء على القياس، لكنه جاء **على خلاف القياس**.

نقول: من قال لك بأن الأصل فيه أنه يأتي على التحريم؟ بل الأصل فيه الإباحة، وكونه جاء **على خلاف القياس** هذا في ظنك أنت، وأما في نفس الأمر فليس **على خلاف القياس**.

وقد أطنب ابن القيم رحمه الله تعالى في الإعلام في رد هذه الشبه التي تمسك بها كثير من الفقهاء، بكون كثير من الأبواب خارجة عن أصل القياس.

إذا: {أن لا يكون معدولا به عن سنن القياس أي: عن طريقه المعتبر فيه، لتعذر التعدية حينئذ}.

قال: {وذلك على ضربين}.

يعني: المستثنى من قاعدة القياس .. ما خرج عن القياس.

{أحدهما: لكونه لم يعقل معناه} ما خرج عن القياس لكونه لم يعقل معناه.

وهو الذي يعنون له بالتعبدات، التعبدات هذه غير معقولة المعنى يعني: لم يدرك الناظر أو المجتهد فيها علة للحكم، لا أنها لغير حكمة في نفس الأمر، بل ما من حكم شرعي إلا وهو مرتب على حكمة علمها من علمها وجهلها من جهلها.

حينئذ نؤمن بأن هذه الأحكام الشرعية لم تثبت لهذه المحال إلا لحكم الله أعلم بها، ولم يظهر لنا ذلك، فلا ننفي.

لكن هل يجري فيها القياس أو لا؟ الجواب: لا.

قال: لكونه لم يعقل معناه.

وهذا لا يصح القياس عليه؛ لأن شرط صحة القياس: أن يكون الحكم معقول المعنى، يعني: فيه علة، والعلة هذه مدركة: إما بالنص، وإما بالإجماع، وإما بالاستنباط؛ من أجل تعديتها إلى الفرع.

فإذا لم يكن له علة فكيف نعدي حكم الأصل إلى الفرع وليس بينهما جامع مشترك؟ فحينئذ يمتنع القياس.." (١)

"وهذا عند الجمهور، لماذا؟ لأن القياس، لو قلنا الشريعة كلها تثبت بالقياس تقاس على ماذا؟ أين الأصل؟ وهذا غريب؛ لأنهم يجعلون العقل مقدما على النقل عندهم في باب العقيدة، فلو جعلوا هذه المسألة تابعة لها لسلموا ولم يتناقضوا، إذا كان العقل مقدما في باب المعتقد فليقدم في باب الفرعيات من باب أولى وأحرى، لكن ما قالوا ذلك؛ لأن المستقى عندهم في باب العقيدة ليس هو الكتاب والسنة، وإنما أراء جهم ومن على شاكلته.

قال: (لا بالقياس)

يعني: {لا يجوز ثبوت كل الأحكام بالقياس عند الجمهور؛ لأن القياس لا بد له من أصل؛ ولأن في الأحكام ما لا يعقل معناه} وحينئذ لا يقاس عليه.

{كضرب الدية على العاقلة. فإجراء القياس في مثله متعذر؛ لما علم أن القياس فرع تعقل المعنى المعلل به الحكم في الأصل.

وأيضا فإن فيها ما تختلف أحكامه فلا يجري فيه.

وقيل: بلى. كما يجوز إثباتها كلها بالنص يجوز إثباتها كلها بالقياس}.

وهذا فاسد، وإنما القياس يكون كالضرورة يحتاج إليه عند عدم التمكن من دلالة النص عليه.

قال هنا: {وقد ذكر الشيخ تقي الدين وتبعه ابن القيم: أنه ليس في الشريعة ما يخالف القياس وما لا يعقل معناه وبينا ذلك بما لا مزيد عليه}.

{أنه ليس في الشريعة ما يخالف القياس} علمنا هذا، أن ما قيل بأن ما جرى **على خلاف القياس**، أو ما سننه على غير سنن القياس. قلنا هذا باطل، بل الصواب الشريعة كلها أصولها وفروعها جارية على القياس. وما ظن ظان بأن هذه جرت **على خلاف القياس** كالعرايا ونحوها، فهذا على قياسه هو في ظنه هو، قد أخطأ في ذلك، وإنما هي ما وافق المسائل الأصلية في جريان الربا فهو على القياس، وما خرج فهو على القياس. فحينئذ اتفقا فلا خلاف.

{وما لا يعقل معناه} يعني: ليس في الشريعة ما لا يعقل معناه، هذا لا يسلم، بل في الشريعة إن كان النقل

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ٣/٦٢

صحيحا كما هو حينئذ لا يسلم بأن في الشريعة ما لا يعقل معناه، بل فيه ما لا يعقل معناه.

قال: (ومعرفته فرض كفاية).

بل على القاعدة السابقة التي قررناها بالأمس أن ما كان من قبيل التعبدات أكثر، ولذلك هل المعلل في الشريعة أكثر أم التعبدات؟ المسألة فيها أخذ وعطاء بين أهل العلم.

والصواب: ما قلناه بالأمس أن التعبدات أكثر.

ولو نظرت إلى الأركان الخمسة وما فيها من أحكام، لوجدت أن ما لا يدرك معناه أكثر مما أدرك معناه.

قال: (ومعرفته فرض كفاية) أي: القياس.

هذا في الأمة، لا بد من معرفته كفن النحو، فن الأصول بجملته.

قال: {عند تعدد المجتهدين (ويكون فرض عين على بعض المجتهدين) في صورة، وهي ما إذا لم يكن إلا مجتهد واحد} حينئذ يتعين عليه القياس.." (١)

"السلف من الصحابة غيرهم خبر الواحد مطلقا ولهم اعتراضات أخرى، وخبر الواحد فيما تعم به البلوى مقبول ، خلافا لأكثر الحنفية أي المتأخرين، وفي إثبات الحدود وما يسقط بالشبهة خلافا للكرخي يعين إذا جاء خبر الواحد يبت حدا أو ما يسقط به الشبهة والحدود أيضا نقول هذا يقبل لأن الحدود أيضا تثبت بغلبة الظن نقول هذه المسألة مبناها أن خبر الواحد يفيد الظن هذه مصيبة عندهم خبر الواحد يفيد الظن حينئذ لابد أن يكون القاطع الذي يقطع به لا يثبت بمثل هذا لابد أن يثبت بمقطوع ولا يثبت بمظنون ولذلك علل الكرخي أنه مظنون غير مقطوع بصحته لماذا لا نقبل خبر الواحد بالحدود نقول لأنه مظنون غير مقطوع بصحته فصار شبهة فيه فلا يثبت به الحد صار شبهة خبر الواحد صار شبهة وفيما يخالف القياس يعني خبر الواحد مقبول فيما يخالف القياس يعني مقدم على القياس والصحيح أنه ليس بالشرع مسالة تخالف القياس بل الشرع كله سوءا في الأصول وما استثناه الشرع كله موافق للقياس، رد ابن القيم وعنده كلام طويل أنه لا يوجد لأن يأتي بعض الفقهاء يقولك العرايا **على خلاف القياس** كيف **على خلاف القياس** الأصل أنها ربا يقول لا هي على وفق القياس الأصل والفرع كلاهما على وفق القياس وليس عندنا في الشريعة ما هو على خلاف في القياس وحكي عن مالك تقديم القياس على خبر الواحد والشيخ الأمير – رحمه الله تعالى – يقول هذا لا يثبت عن مالك، مالك أجل من أن يقدم القياس على خبر الواحد، وقال

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ١٣/٦٩

أبو حنيفة – رحمه الله تعالى – خبر الواحد إن خالف الأصول أو معناها والمقصود بالأصول هنا الكتاب والسنة والإجماع أو معناها القياس والحاصل أن خبر الواحد يقبل مطلقا بلا تفصيل متى ما صح السند إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فهو مقبول سواء كان فيما تعم به البلوى كان في العقيدة كان في الغيبيات كان في أشراط الساعة كان في أحكام النكاح مطلقا بلا تفصيل لماذا؟ لأن الصحابة قبلوا الخبر الواحد بلا تفصيل والأدلة الدالة على شرعيته بأنه حجة أثبتته بلا تفصيل ثم قال ثم هنا أبحاث يشترط فيها الكتاب والسنة من حيث أنها لفظية، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.." (١)

"ثم قال والتخلف لما ذكر أن الطرد قيد يحصل نوع تخلف للحكم مع وجود العلة فينتفي حينئذ الطرد قال لا التخلف قد يكون لسبب والسبب هذا لابد من ضبطه فذكر له ثلاثة أمور لما ذكر تخصيص العلة بتخلف حكمها ذكر أقسام التخلف وهي ثلاثة أدرب، قال والتخلف إما لاستثنائه التخلف يعني تخلف الحكم عن العلة الذي لا يعد نقضا للعلة، إما لاستثنائه أي أنه أو هذه الصورة التي هي مورد التخلف مستثناة من قاعدة القياس على وجه الاستحسان وهو قطع المسألة أو حكم المسالة عن نظائرها لدليل خاص فحينئذ إذا ثبت أن الشيء علة لشيء ثم جاء دليل يختص أو يخص بعض الصور بتخلف الحكم مع وجود العلة ليس بنقض لماذا؟ لأن هذه الأصول فرع عن النصوص فإذا ثبت تخصيص علة بوجودها مع خلف حكمها نقول هذه المسألة مستثناة وهذا ما يعبر عنه البعض بالمسألة التي تكون **على خلاف القياس** والتعبير هذا ليس بسديد ليس بصحيح بل كل شرع على **قياس** ما أستثني فهو لكون القياس يقتضي استثناءه ويبقى الأصل على القياس ولا إشكال لا مانع بدلا من أن يقال **على خلاف القياس** قياس من؟ قياس الشرع الذي يكون مطردا أو قياس البشر؟ إذا قلنا الشرع هذا خطأ هذه المسألة على خلاف قياس الشرع أو على خلاف ما يجيء به الشرع؟ نقول هذا ليس بصواب وإذا كان **على خلاف القياس** باعتبار نظر الناظر نقول لا المجتهد لابد أن يكون تابعا للشرع فما استثناه الشرع فهو على وقف القياس وما جاء على أصل القياس فهو على أصل القياس ولا إشكال لكن هذه المسالة التي قال باستثناء يعبر عنها البعض بكونها **على خلاف القياس** كالعرايا نقول **على خلاف القياس** ورد المثليات هنا في المصرة بما مثل به المصنف أيضا **على خلاف القياس** لماذا؟ لأنه وجدت العلة وتخلف الحكم العرايا الأصل أنه ربا ولكن استثناها الشرع فحينئذ قال وجدت العلة ولكن تخلف الحكم وهو الربا هذا **على خلاف القياس** بل الصواب أنها على القياس ولا

---

(١) شرح قواعد الأصول ومعاقد الفصول، أحمد بن عمر الحازمي ١١/٢٦

إشكال، إما لاستثنائه لكون هذه المسألة مستثناة شرعا فوجدت العلة وتخلف الحكم والتخلف سببه الشرع، كالتمر في المصراة كالتمر في لبن المصراة أي كإيجاب صاع من تمر في لبن المصراة إذا ردها المشتري مع أن علة إيجاب المثل في المثليات التماثل بينهما لابد أن يرد هو حلبها وأخذ اللبن يضمن في المثليات بمثله فيأتي بلبن هذا الأصل لكن هنا جاء بماذا بصاع خالف القياس؟ نقول خالف القياس وجدت العلة وهو أنه يجب المثل في المثل لبن بلبن فحينئذ تخلف صار تمر بلبن أو لبن بتمر قالوا هذا **على خلاف القياس** لماذا؟ تخلف الحكم وهو إيجاب المثليات مع وجود العلة وهو الأصل المطرد المثليان بالمثليات قالوا ما السبب في تخلف الحكم مع وجود العلة؟ هو كونه مستثناة من الشرع **على خلاف القياس**، فالأصل أن يضمن المصرة بلبن مثله لهذه العلة السابقة أن إيجاب المثل في المثليات تماثل بينهما لكنه أسرتثني الشرع فلا تلزمه العلة حينئذ لكن نقول كلها على وصف القياس ولا إشكال، لكن يستثنى أنه إذا جاءت العلة وتخلف الحكم لوجود نص نقول هذا ما يسمى بالاستحسان أولا السابق أن قطع المسالة عن نظائرها لدليل خاص نقول هذا لا إشكال فيه هذا مما جاء به الشرع ولذلك أنكر البعض أن يوصل الاستحسان بكونه." (١)

"المأثم، بل هو تعليل لإسقاط القضاء؛ لأنه روي في بعض الألفاظ (إنما هو رزق ساقه الله تعالى إليه، فلا قضاء عليه) رواه الدارقطنى (١) .

فجعل هذه علة في إسقاط القضاء، ومع هذا فلم يقيسوا عليه غيره (٢) .

وكذلك أيضا قاسوا المجامع ناسيا على الآكل ناسيا، وإن لم يكن الأصل معللا، ولا مجمعا على قياسه عليه (٣) ؛ لأن أصحابنا منعوا من ذلك، وقالوا في الآكل ناسيا: لا يفطر (٤) ، وفي المجامع يفطر (٥) ، فامتنع أن تكون العلة في

---

(١) الحديث رواه الدارقطنى في كتاب الصيام (٢/١٨٠) عن أبي هريرة بلفظ قريب من لفظ البخاري.

وأخرجه باللفظ الذي ذكره المؤلف منسوبا إليه (٢/١٧٩) وقال فيه: مندل وعبد الله بن سعيد، وهما ضعيفان.

كما أخرجه بطرق أخرى وبألفاظ متقاربة. وكلها لا تخلو من مقال.

---

(١) شرح قواعد الأصول ومعاقد الفصول، أحمد بن عمر الحازمي ١٦/٢١

(٢) القياس عندهم أن من أكل أو شرب ناسيا أنه يفطر، وعليه القضاء، ولكن ترك هذا القياس للحديث الصحيح **الذي** ذكره المؤلف.

انظر: فتح القدير (٣٢٧/٢) مع البداية والهداية.

والقول بأن العلة في الناسي موجودة في المريض فيه نظر ظاهر.

(٣) الحنفية لم يقولوا بأن المجامع ناسيا يقاس على الآكل ناسيا، حتى يلزم عليهم ما ذكره المؤلف، بل قالوا ذلك ثابت بالنص لا بالقياس.

وقال البابرتي في شرحه على الهداية (٣٢٧/٢) مطبوع مع فتح القدير: (فإن قيل: سلمنا ذلك، لكن النص ورد في الأكل والشرب **على خلاف القياس**، فكيف تعدى إلى الجماع؟ أجاب بقوله [يعنى صاحب الهداية] : وإذا ثبت هذا في الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية يعني: ثبت بالدلالة لا بالقياس؛ لأن كلا منهما نظير للآخر في كون الكف عن كل منهما ركنا في باب الصوم) .

وانظر: أصول الجصاص ص (١١٥) وأصول السرخسي (١٥٣/٢) .

(٤) ولا قضاء عليه.

انظر: الإقناع (٣١٠/١) والمقنع وحاشيته (٣٦٦/١) .

(٥) المجامع في نهار رمضان عليه القضاء والكفارة إن كان عامدا. =." (١)

"على [اقتضاء] الإيجاب وحمل الأخرى على الاستحباب.

٩٣٤- فأما ما أشرنا إليه من تشبيه هذا الضرب على رأي مالك [بالطهارات فهو] يصلح لعقد المذهب وإلا فقد مهدنا أن القياس لا يجرى في محاولة تأصيل الأصول على هذا الوجه وإنما يجري [طرف] من التشبيه في [جزيئات] النوع من غير خروج عنه.

وأما التعلق بالظاهر فأوجه ولكن الشافعي لم يعتمد في إيجاب الإيتاء مجرد الظاهر لكن عول على سير الصحابة رضي الله عنهم وما كان منهم ونقل آثارا مطابقة لمعتقده وضم إليه أن الكتابة يتضمنها إرفاق من كل وجه والإيتاء منه وقد رآه الأولون على الاطراد يتضمنها والتبرعات لا تطرد سيما في الأموال والكتابة تلزم في حق السيد ومن متضمنها الرفق المنقول وما تقرر يلزم شيئا إذا صح لم يلزم الإقدام عليه على أن لا أرى مذهب الشافعي مسألة أضيق [مسلكا] من الإيتاء.

---

(١) العدة في أصول الفقه أبو يعلى ابن الفراء ١٤٠٥/٤

٩٣٥- ونحن نقول وراء ذلك: أما مالك فسوى بين الكتابة وبين باب الطهارات في إثبات إيجاب الأصل ولاح على أصله [إجراء] قسم الكتابة في وضع الشرع على باب الطهارات [باحتمال] أمور خارجة عن أقيسة المعاوضات فيها والشافعي لم يوجب الكتابة وقال للشرع تعبد في الإيجاب متبع وإن لم يكن منقاسا كإيجاب الطهارة وإن لم تجب النظافة وللشارع أحكام في رفع حجره وإطلاق حجر القياس اطراده كما جرى في الكتابة فكان احتمال الشرع لهذا في الكتابة **على خلاف القياس** [مضاهيا لإيجاب الشرع الطهارة **على خلاف القياس**] .

ويخرج من ذلك تعادل الضربين في خروج الطرفين عن القياس فانتهض إيجاب الطهارة [محصلا] لمكرمة النظافة كما انتهض رفع الحجر في الكتابة مرعيا في تحصيل العتاقة.

ثم قال الشافعي: في رفع الحرج في الكتابة ترغيب مالي يتعلق بغرض بين في تحصيل الكسب فإن العبد يحرص إذا [طمع] في العتاقة [والسيد] يتحصل على كسب كان لا يتحصل له بغير الكتابة بظاهر الظن فخرجت الكتابة عن قبيل القرب لظهور الغرض منها ولم يكن في الطهارات غرض ناجز [فلاق] بها ترغيب في الثواب وهذا يقتضي إلحاقها بالقرب المفتقرة إلى النيات فهذا تأسيس القول في البابين ونحن الآن.." (١)

"وهذا زلل فإن إمكان تصوير ما يسقط القصاص لا يدرؤه إذا لم يكن وكان بدله ما يشابه الاشتراك في الروح فلو توجهت هذه الجهات وبعد القول في الأصل بعض البعد كان ذلك دون المرتبة الأولى المستندة إلى العلم [والقطع] فهذا واضح جدا.

ومن حكم وضوحه أنه لا يثبت له معارض إذ لو قدر له معارض لكان ناشئا من تقدير شبهة توجب المحافظة على حكمة العصمة في حق الجاني ومآخذ الشبهات ما يشير إليه المعاذير ولا عذر للجاني.

وإن حاول الخصم تسبيب المعارضة في جهة أن واحدا لم يقطع اليد بطل ذلك عليه بالنفس.

ولو رجع وزعم أن القصاص على الشركاء **على خلاف القياس** كان ذلك روم اعتراض وقد أوضحنا بطلانه والمخيلة العظمى في ظهور قياس المعنى امتناع المعارضة المحوجة إلى الترجيح.

فإن عارضوا القصاص في الطرف بقطع السرقة وشبهوا الاشتراك في قطع اليد بالاشتراك في سرقة نصاب لم يكن ما جاءوا به مأخوذا من قاعدة القصاص.

---

(١) البرهان في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٨٩/٢

ونحن لم نعن بامتناع المعارضة انسداد المسالك البعيدة وإنما المعارضة الحاقة ما ينشأ من وضع الكلام ولا شك [في] أن قطع السرقة بعيد في أصله وتفصيله عن القصاص فإن الأصل المعتبر في قطع السرقة أخذ مال غير تافه على الاختفاء من حرز مثله والغرض بشرع القطع ردع السارق عن تناول المال والنفيس وفي النفس مزجرة عن ركوب الأخطار بسبب التافه.

وهذا المعنى يوجب نفي القطع عن الشركاء فإن كل واحد منهم على حصته من المسروق وذلك المقدار لا حاجة إلى إثبات رادع عنه.

وهذا لا يتحقق في القصاص أصلا [فيما نحن فيه] فإن معتمده الصون وتمهيد العصمة وليس في قاعدته انقسام إلى التافه والنفيس وخروج كل جان عن الاستقلال بكل الجناية لا يسقط القصاص عنه إذ لو قيل به لخرم قاعدة الصون على أنه محقق في النفس كما سبق.

١٢٧٠- وإذا لم تكن المعارضة على حقها في منشأ الاجتهاد لم ينتظم فرق." (١)

"ولا بد أولا من بيان حقيقة الاستحسان وقد قال قائلون من أصحاب ابي حنيفة رضي الله عنه الاستحسان مذهب لا دليل عليه وهذا كفر ممن قاله وممن يجوز التمسك به ولا حاجة فيه إلى دليل وقال قائلون هو معنى خفي تضيق العبارة عنه وهذا أيضا هوس فإن معاني الشارع إذا لاحت في العقول انطلقت الألسن بالتعبير

عنها فما لا عبارة عنه لا يعقل والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي وقد قسمه أربعة أقسام منها اتباع الحديث وترك القياس كما فعلوا في مسألة القهقهة ونبيذ التمر ومنها اتباع قول الصحابي **على خلاف القياس** كما قاله في تقدير أجرة." (٢)

"هي بعد التكبيرة، وبعد التأمين، وقد جاء عن النبي عليه السلام: من صلى خلف إمام فليقرأ في سكتاته، ومنقولاتهم ضعيفة، ومنها ما يحمل على صلاة الجهر فعلى أحد القولين لا تجب القراءة فيها، ونقول: الاعتداد بالركعة للمسبوق **على خلاف القياس** لنص ورد بذلك، وبالجملة القدوة لا تسقط فرض القراءة عندنا، وعندهم تسقط، وعليه مدار المسألة.." (٣)

---

(١) البرهان في أصول الفقه الجويني، أبو المعالي ٢/٢١١

(٢) المنخول أبو حامد الغزالي ص/٤٧٧

(٣) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ١/٢٩٩

"بدليل أنه يخرج شاة من القطيع فيسقط عنه الفرض، والزكاة إما أن تجب شكر لنعمة المال أو مواساة للفقراء وهذا المعنى يعم كل المال.

فالشرع لم يعتبر النصاب لامتناع أن يتعلق الواجب بالزائد، بل حتى لا يجب في الناقص وصار كنصاب السرقة.

لهم:

الزيادة لها حكم نفسها بدليل أنه يتعلق بها واجب جديد إذا بلغت قدرا معلوما، فيجب أن يخلو عن الواجب حتى يبلغ ذلك القدر كالقدر الأول، واعتبار النصاب **على خلاف القياس**، لأن من ملك شيئا يجب أن يواسي منه، إلا أن النصاب قدر لحاجة المالك (ولا حاجة) إلى ما زاد عليه.

مالك:.

أحمد:.

التكملة:

قوله عليه السلام: " في خمس من الإبل شاة " أي لا تجب فيما دون." (١)

"قياسا على ما لو ظن أنه ليل.

مالك:

أحمد:

التكملة:

الصوم فعل أمر العبد به وهو الكف، والإفطار فعل هو ترك الصوم وفعله ما تعلق بقدرته وقس على الناسي الله أطعمك وسقاك، والأصل أن من لا يفعل شيئا لا يضاف إليه، وحافر البئر في ملك الغير أضيف إليه لتعديه، قولهم: الصوم مما يلج، يرد عليه الاستقاء عندهم الناسي **على خلاف القياس**، وإلا الفطر قد وجد. وحرف المسالة أن عندنا كما لا يدخل في الصوم إلا بقصد لا يخرج منه إلا بقصد، وعندهم يحصل الإفطار بالمنافي.." (٢)

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٥٣/٢

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ١١٤/٢

"ولهذا جازت الإراقة، فالإصلاح أولى فصار كالكافر يطلب إسلامه قبل إعدامه.

مالك: روايتان.

أحمد: ق.

التكملة:

ليس من كلام المسألة فرضها في التخليل بالملح ونحوه، فإن الملقى ينجس عندنا، ثم ينجس الخل ولا يطهر الملح بالتخليل تلقيا مما مهدناه في إزالة النجاسة من أن غير الماء لا يطهر.

نعم خصوص هذه المسألة ما إذا خلل بالنقل من ظل إلى شمس أو عكسه.

وأما الخمرة المحترمة فهي طاهرة في جميع صور التخليل إلا في إلقاء الملح، ومن الأصحاب من سوى بين المحترمة وغيرها.

أما الدن حكم بطهارته **على خلاف القياس**، والوجه في مساق هذا." (١)

"الإجارة، فلا يجوز شرط أكثر من أربعة أيام لم يجز تأخير التسليط وقد تسامحنا بإقامة ذي المنفعة مقامها فلا نتسامح بترك التسليط قالوا: هو في الحال ملك المنفعة في الشهر المقابل إلا أن ذلك تأجيل، فالجواب: لو كان كذلك جاز تعجيل الأجرة، ثم نقول: تراخي الأجل في المعقود عليه **على خلاف القياس**، وإنما جاز في السلم للحاجة، فإن قالوا: هذا كالوصية بثمرة واحدة وبالقراض يوجب استحقاقا في ربح لم يوجد، فالجواب: أن الوصية تفارق عقد البيع فتفارق الإجارة، والحرف أن عندنا أقيمت العين مقام المنافع فتحتاج أن يصادفها العقد، وعندهم العقد على المنافع.." (٢)

"الأمر إلي ما ورثتها ولو سلم سكوت الضد ما كان إجماعا، فإن الحكم في موضع الاجتهاد وللإمام أن يجتهد، ثم قد روي أنه كان بعد انقضاء العدة ولا يمكن قياس حالة البطلان على حالة عدمه، فإن تم لها أن تغسله ولا تغسله هاهنا، ثم الإرث في محل الإجماع **على خلاف القياس** فكيف يقاس عليه؟ والمعتمد أن سبب إرثها النكاح، وقد أثبت بالطلاق الثلاث، ولذلك انقطع إرث الزوج منها ولم يبق إلا العدة وعلقتها لا تصلح للتوريث بدليل حالة الصحة وحالة سؤالها وبدليل جانب الزوج وما تعلقوا به من التهمة لا أثر له ويبطل بما لو طلقها قبل الدخول وبما بعد العدة وبما لو كان ابن عم مكاشح فتبنى لقيطا

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤١٣/٢

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ١٥٨/٣

أو نكح على زوجته ثلاثا أو نفى ولده باللعان، فإن كل ذلك نافذ مع التهمة ومنع العتاق والهبة ليس لحق الوارث بل لقوله عليه السلام: " لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة " وعبد الرحمن بن عوف طلق زوجته لسؤالها.". (١)

"مالك:

أحمد:

التكملة:

نمنع إلحاقهم الزنى بحمل الزوج بدليل الحمل الطارئ في العدة، فإنه لو كان من الزوج انتقلت إلى عدة الحمل وانقضت بوضعه، وإن كان من الزنى لا تنقضي العدة بوضعه، فإن قالوا: ما صرتم إليه يمنع شرع العدة في حق غير الحامل، قلنا: الحائل إن كانت غير ممسوسة فلا عدة، وإن مسها فهو سبب ظاهر في الحمل فتعتد له، فالعدة زمان ضرب لحفظ الولد إما علما أو ظنا، وأما عدة الوفاة، فإن كانت موطوءة فنهج القول ما سبق، وإن كانت غير ممسوسة، فهو زمان حداد إظهارا للتأسف.

وعدة الصبية والآيسة **على خلاف القياسين** حفظ الحمل وبراءة الرحم فقد فقدا جميعا فلا يرد نقضا) .

وجواب الآية أنها دليل على انقضاء أجل (الحمل لا غير فيتناول حد." (٢)

"(اللوحة ٧٣ من المخطوطة أ:)

ما دون أرش الموضحة يضرب على العاقلة خلافا له، فنقول:

ضرب الدية على العاقلة، وإن كان **على خلاف القياس**، فقد المعنى المقتضي للاستيفاء والخلاف في تعيينه فاعتقد الخصم أن المعنى فيه التخفيف في حق القاتلين؛ لأنهم كانوا أحلاس السلاح فكثر وقوع القتل الخطأ بينهم فلو ضرب الجميع على الخاطئ لكفوا عن حمل السلاح وبادت الحوزة بذلك فضرب بعض الدية على العاقلة، وهذا مذهبهم، وهذا المعنى يقتضي تحمل الدية عند كثرة المال، إما إذا قل فلا يثقل على الجاني، والتقدير أخذناه من الشرع في الجنين، وذلك خمس إبل فهو أول الكثرة، وإما معتقدنا فهو أن تحمل العاقلة لشرف القتل مبالغة في صوته، ولا يخفى أن المال المضروب على الجماعة أنص ولم

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤/٢٤٢

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤/٣٢١

يضرب على الجاني لتتحد جهة الوجوب وجهة الاستيفاء وهذا المعني ضرب الكل على العاقلة كثيرة وقليلة، وما تخيلوه لا ينتظم، فإن القلة والكثرة تختلف باختلاف الغنى والفقر، ثم القليل إذا توالى صار كثيرا، ثم نسألهم عن الضابط فإن قالوا: كل قليل يبقى عليه وكل كثير يضرب عليهم، بطل لما ذكرناه من اختلاف القلة والكثرة." (١)

"وروي أن رجلا دخل على النبي عليه السلام فقال: " إني وجدت أخي يباع فاشتريته لأعتقه، فقال عليه السلام: الإسلام أعتقه عليك "، وقوله تعالى: {واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام}

الدليل من المعقول:

لنا:

الشراء سبب مملك ولم يوجد قاطع فبقي، والأمر في المجمع عليهم **على خلاف القياس** أو قياس البعضية فلا يلحق به غيره، وفرق بين النكاح ومسألتنا فإن النكاح يبطل بالرضاع، بخلاف ملك اليمين، ثم النكاح." (٢)

"– صلى الله عليه وسلم – وإفراده ودخوله مكة صلحا أو عنوة فإن مثل هذه الأمور تطلب لتعرف لا ليعمل بها فلا يجوز الاكتفاء فيها بالظن المسألة التاسعة القياس إذا ورد بخلاف النص فالنص إما أن يكون متواترا أو آحادا فإن كان متواترا فالقياس أن نسخه كان مردودا

وإن خصصه فقد ذكرنا الخلاف فيه في باب العموم والخصوص وإن كان آحادا فهو ما إذا ورد خبر الواحد **على خلاف القياس** وقد شرحنا الحال فيه في باب الخبر المسألة العاشرة يجوز التعبد بالنصوص في كل الشرع فإنه يمكن أن ينص الله تعالى على أحكام الأفعال على الجملة ويدخل تفصيلها فيها كما إذا نص على حرمة الربا في كل مطعوم فيدخل فيه كل مطعوم وأما التعبد بالقياس في الكل فمحال لأن القياس لا يصح إلا بعد ثبوت الحكم في الأصل لكن أحكام الأصول شرعية لأن العقل لا يدل إلا على البراءة الأصلية فما عداها لا يثبت إلا بالشرع فلو كانت تلك الأحكام." (٣)

"فهذه العلة معلومة قطعا، فلا تنتقض بهذه الصورة، ولا يكلف المستدل الاحتراز عنها.

وكذلك لو كانت العلة مظنونة، كإباحة بيع العرايا١ نقضا لعلة من يعلل الربا بالكيل، أو الطعم، فإن مستثنى

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٤/٤٢٧

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة ابن الدهان ٥/٨٧

(٣) المحصول للرازي الرازي، فخر الدين ٥/٣٥٤

أيضا، بدليل: وروده على علة كل معلل، فلا يوجب نقضا على القياس، ولا يفسد العلة، بل يخصصها بما وراء الاستثناء، فيكون علة في غير محل الاستثناء.

ولا يقبل قول المناظر: إنه مستثنى، إلا أن يبين ذلك للخصم بكونه على خلاف قياسه أيضا، أو بدليل يصلح لذلك٢.

= لأنه إنما يجب الاحتراز عما ورد نقضا وهذا ليس كذلك. انظر: شرح مختصر الروضة "٣/ ٣٢٨".

١ روى البخاري ومسلم، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا". رواه البخاري: كتاب البيوع، باب المزابنة، وباب بيع الثمر على رءوس النخل بالذهب والفضة، وباب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل من كتاب المساقاة، ومسلم: كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا.

٢ لأنها دعوى، فتحتاج إلى دليل يثبتها.

قال الشيخ الطوفي: "واعلم أن قول الفقهاء: هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس، أو خارج عن القياس، أو ثبت **على خلاف القياس**، ليس المراد به بأنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به: أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي.

فمن ذلك: أن القياس عدم بيع المعدوم، وجاز ذلك في السلم، والإجارة توسعة وتيسيرا على المكلفين.

ومنه: أن القياس أن كل واحد يضمن جناية نفسه، وخولف في دية الخطإ رفقا بالجاني، وتخفيفا عنه، لكثرة وقوع الخطإ من الجناة.." (١)

"السابع: قالوا: العلة في القياس طريق إلى إثبات الحكم في الفرع، فإذا وجدت العلة في نوعين امتنع أن تكون طريقا إلى العلم بحكم أحدهما دون الآخر كما في الإدراكات والأدلة العقلية.

الثامن: قالوا: لو جاز وجود العلة الشرعية في فروع يثبت الحكم معها في البعض دون البعض لم يكن البعض بالإثبات أولى من البعض الآخر.

وما ذكرتموه من دليل الانتقاض في الصورة الأخيرة معارض من أربعة أوجه: (١) الأول: إجماع الصحابة على ذلك، ودليله ما روي عن ابن مسعود أنه كان يقول: هذا حكم معدول به عن سنن القياس (٢) واشتهر

---

(١) روضة الناظر وجنة المناظر موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٢/ ٢٧٨

ذلك فيما بين الصحابة من غير نكير فصار إجماعا.

الثاني: أن العلة الشرعية أمارة على الحكم في الفرع ووجودها في موضع من غير حكم لا يخرجها عن كونها أمارة، فإنه ليس من شرط كون الأمارة أمارة على شيء أن يكون ذلك الشيء ملازما لها دائما، بدليل وجود جميع الأمارات الشرعية على إثبات الأحكام وإن لم تكن الأحكام ملازمة لها قبل ورود الشرع، وبدليل الغيم الرطب فإنه أمارة على وجود المطر وإن لم يكن المطر ملازما له، ولذلك فإن وقوف مركوب القاضي على باب الملك أمارة على كونه في دار الملك، ولا يخرج في ذلك عن كونه أمارة لوجوده (٣) في بعض الأوقات، والقاضي غير موجود

---

(١) الصورة الأخيرة هي ما إذا كانت العلة مستنبطة وتخلف الحكم عنها على غير طريق الاستثناء، وبدون معارض لها من وجود مانع أو فقد شرط، وقد اختار الآمدي بطلان العلة بتخلف حكمها عنها في هذه الصورة، واستدل على ذلك بما تقدم فعارضه من يقول بجواز تخصيص العلة مطلقا بأربعة أوجه ذكرها الآمدي وأجاب عنها

(٢) هذا حكم معدول به عن سنن القياس، لم أجد هذه الكلمة عن ابن مسعود، وليست مما يشبه لغة عهد الصحابة لكنها شبيهة بلغة علماء الفقه وأصوله في نقاشهم وجدالهم عند الاستدلال واشتداد الخلاف بينهم، ومع ذلك فقد ذكر ابن تيمية في ص ٥٠٤ وما بعدها من ج ٢٠ كثيرا من المسائل التي ادعى فيها علماء الفقه وأصوله أنها **على خلاف القياس** وبين أنها لم تخرج عن قاعدة القياس فارجع إليه

(٣) لوجوده – في العبارة تحريف والصواب بوجوده، والباء سببية وجملة " والقاضي غير موجود في دار الملك " حالية." (١)

"ويتفرع عن هذا الأصل مسائل

منها إذا اختلف المتبايعان والسلعة هالكة في يد المشتري أو خرجت من ملكه أو صارت بحال لا يقدر على ردها بالعيب يتحالفان عند الشافعي رض ويترادان القيمة لأن كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه فيحلف كل واحد على نفي دعوى صاحبه كما في حال قيام السلعة

وعندهم لا يتحالفان لأن التحالف على القبض على وفاق من حيث إن البائع يدعي زيادة على ألف

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي الآمدي، أبو الحسن ٣/٢٢٦

والمشتري ينكرها والمشتري يدعي وجوب التسليم عند أداء الألف والبائع ينكره فيتحالفان

أما بعد القبض فالتحالف **على خلاف القياس** فلا يلتحق به حال هلاك السلعة

ومنها أن ما دون أرش الموضحة تتحمله العاقلة عند الشافعي." (١)

"ومنها أن الشقص الممهور يؤخذ بالشفعة عندنا بقيمة البضع وكذلك إذا جعل بدل الخلع أو أجره يؤخذ بقيمة البضع

وعندهم لا يثبت فيه الشفعة لأن منافع البضع ليست بمال

ومنها أن شهود الطلاق إذا رجعوا غرموا مهر المثل بناء على إن منفعة البضع مال متقوم شرعا ولهذا ضمنت بالإتلاف في العقد الصحيح والفاسد ويقابل بالبدل في الإختلاع سيما إذا صدر من الأجنبي

وإذا كان في نفسه مالا ذا قيمة فإيقاع الحيلولة في اقتضاء الضمان ملحق بالإتلاف

وقال أبو حنيفة رض لا يغرمون لأن منفعة البضع في نفسها ليست بمال غير أن الشرع أوجب القيمة على متلفها وألحقها بأطراف الآدمي وسلك بها مسلك الأعيان تعظيما لأمرها وصيانة لها عن الإهدار **على خلاف القياس** والشهود لم يتلفوا." (٢)

"وأما الجراح فضربان: أحدهما ما يصل إلى العظام في الوجه أو الرأس وأرشه مقدر لا يزيد ولا ينقص بسبب طوله ولا قصره ولا ضيقه ولا اتساعه وهذا بخلاف الأموال.

الضرب الثاني: ما تجب فيه الحكومة من الجراح وهو على قياس الإتلاف يجبر بأرش النقص من المجني عليه لو كان عبدا سليما ومجنيا عليه وبحسب ما بينهما ولكن بالنسبة إلى الدية دون القيمة.

وأما أعضاء بني آدم فإنها تجبر بالدية تارة وبمقدر ينسب إلى الدية تارة، ولو وقع مثله في الدواب لم يجبر بمقدر وجبر بما ينقص من قيمة السالم من الجناية.

ولو وجب في الإنسان ديات ثم مات بسرايتها لعادت الديات إلى دية واحدة، ولو فرض مثل ذلك في أعضاء الحيوان ثم مات بالسراية لجبر بقيمته يوم موته ولم يسقط شيئا من أروش أعضائه، لأن الغالب على جنايات الأناس التعبد الذي لا يوقف على معناه، والحكومات وإن كانت على وفق القياس من وجه فهي **على خلاف القياس** من جهة نسبتها إلى الديات. وقد سوى الشرع بين أرش إبهام اليد اليمنى وخنصرها

---

(١) تخريج الفروع على الأصول الزنجاني، أبو المناقب ص/١٨٤

(٢) تخريج الفروع على الأصول الزنجاني، أبو المناقب ص/٢٢٨

مع ما بينهما من التفاوت في المنفعة، وكذلك سوى بين أرش إبهام الرجل اليمنى وخنصرها مع التفاوت الظاهر، وكذلك سوى بين أرش أصابع اليدين وأرش أصابع الرجلين مع بقاء معظم منافع الرجلين وفوات معظم منافع اليدين، وأعظم من ذلك في مجانبة القياس التسوية بين أرش إبهام اليد اليمنى وسبابتها وبين أرش خنصر الرجل اليسرى وبنصرها، وكذلك التسوية بين أرش إبهام اليد اليمنى وأرش خنصر الرجل اليسرى، وأعجب منه التسوية بين دية الأذنين ودية اللسان مع تفاوت النفعين، وكذلك التسوية بين دية الشم والعقل ودية البصر والشم، وكذلك التسوية بين الأذنين والرجلين وبينهما وبين اليدين، وكذلك التسوية بين ديات الأسنان والأصابع مع تفاوتهما في المنافع، وكذلك التسوية بين موضحتين إحداهما مستوعبة لجميع الرأس." (١)

"صرح بهذا لم يفهم منه التكرار بل تطلق في جميع ذلك المكان طلقة واحدة فهذا هو البحث الكاشف عن هذه الحقائق والفروق بينها وبذلك يتضح الفقه فيها.

(المسألة السادسة) نص الأصحاب على أن الطلاق يتكرر في قوله كل امرأة أتزوجها من هذا البلد فهي طالق قالوا: إن الطلاق يتكرر بتكرر النساء من ذلك البلد وأن القائل كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي أن الكفارة لا تتكرر عليه وأنه بزواج امرأة واحدة تنحل يمينه مع تصريحه بالعموم في الصورتين وفي التهذيب إن تزوجتكن فإنكن علي كظهر أمي لا يتكرر الظهار ومن دخلت منكن الدار فهي علي كظهر أمي تتكرر الكفارة وكلما تزوجت فالمرأة التي أتزوجها هي علي كظهر أمي وكذلك أيتكن كلمتها فهذه الفروع مشتركة في صيغ العموم مع اختلاف الأحكام فيحتاج إلى سر الفرق بينها باعتبار القواعد والجواب أن الطلاق حكم يثبت لأفراد العموم كثبوت القتل لجميع أفراد المشركين والحل لجميع أفراد البيع.
وأما الظهار فالكفارة فيه للنطق بالكلام الزور عقوبة لقائله فإذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فقد كذب كذبة واحدة فتجب عليه كفارة واحدة ولا نظهر إلى العموم الذي هو متعلق القول الكذب كما لو قال: والله إن كل إنسان جماد فإنها كذبة واحدة متعلقة بعموم أو قال: والله ليس في الدار أحد من إخوتك فوجد الجميع فيها فإنما تلزمه كفارة واحدة نظرا لاتحاد اليمين والحنث فكذلك ها هنا وأما تكرر الكفارة في كلما وقوله منكن وأيتكن **فعلى خلاف القياس.**

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ابن عبد السلام ١/ ١٨٥

والقاعدة تقتضي أن لا تتكرر عليه الكفارة غير أنه لما اشتهر لفظ الظهار في موجب الكفارة لوحظت الكفارة في مقصد المظاهر كأنها حقيقة عرفية فيكون قد التزم تكررها في كلمة كلما وأشار بمن إلى التبعيض فكأنه قال: علي الكفارة في كل بعض منكن وأي الأفراد فيكون قد التزم الكفارة في كل فرد وأما كل فهي ظاهرة في الإحاطة والشمول والكل في بعض أحوالها ألا ترى أن النفي إذا تقدم عليها كان معناها الكل فلو قلت: ما قبضت كل المال لكان معنى كلامك أنك لم تقبض الجميع بل بعضه وكذلك ما كل عدد زوج وما كل حيوان إنسان نص النحاة على أنك ناف للمجموع من حيث هو مجموع لا لكل واحد واحد بخلاف أي فإنها للحكم على كل واحد واحد وهذه كلها تكلفات والفقه يقتضي

ــــــSيتضح الفقه فيها قد تبين أن بذلك يشكل الفقه فيها أما يتضح فلا.

قال: (المسألة السادسة نص الأصحاب على أن الطلاق يتكرر في قوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق إلى آخر المسألة) قلت: بنى جوابه على ما تقدم قبل من أن الظهار خبر وقد سبق القول في أن ذلك موضع احتمال ونظر وما ذكره فارقا بين كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي وكلما تزوجت فالمرأة التي أتزوجها علي كظهر أمي

ــــــQالمقتضي كيف ولو كان معناها إفادة سببية الانتفاء للانتفاء كان الاستثناء تأكيدا وإعادة بخلاف ما إذا كان معناها مجرد التعليق فإنه يكون إفادة وتأسيسا اهـ.

[المسألة الأولى قال الله تعالى حكاية عن عيسى إن كنت قلته فقد علمته]

قلت وعلى هذا فالفرق أن لو لمجرد التعليق في الماضي غالبا وأما إن فلمجرد التعليق في المستقبل غالبا فافهم وهنا وصلان:

(الوصل الأول) قد علمت أن الكثير في شرط إن وجزائه أن لا يتعلقا إلا بمستقبل معدوم والقليل تعلقهما بماض على ما فيه وشرط لو وجزاؤه بالعكس وكذا سائر أدوات الشرط فليس الشرط والجزاء مما لا يتعلق في لسان العرب إلا بمستقبل معدوم كالأمر والنهي والدعاء والوعد والوعيد والترجي والتمني والإباحة بل عدم التعليق بغير المستقبل خاص في لسان العرب بهذه الثمانية فلا يتصور واحد منها في ماض ولا حاضر وما أمرنا به في الصلاة على النبي – صلى الله تعالى عليه وسلم – ليس إلا الصلاة المشبهة فإنها التي وردت في «قوله – صلى الله تعالى عليه وسلم – لما قيل له: كيف نصلي عليك فقال: قولوا اللهم صل

على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد» وقولنا اللهم صل دعاء فلا يتعلق إلا بعطية لم تعط لرسول الله – صلى الله تعالى عليه وسلم – معدومة والموجود الحاصل له – عليه الصلاة والسلام – قبل دعائنا لم يتعلق به طلب ألبتة لأن طلب تحصيل الحاصل محال وذلك الموجود الحاصل مواهب ربانية لرسول الله من خيري الدنيا والآخرة لم يدركها أحد من الأنبياء ولم يصل إليها وما نطلبه له – عليه الصلاة والسلام – زيادة على ذلك فلو تخيلناه أقل من المواهب الحاصلة لإبراهيم بمقتضى قاعدة أن المشبه به أعظم من المشبه في وجه الشبه لم يلزم منه تفضيل إبراهيم – عليه السلام – على رسول الله – صلى الله تعالى عليه وسلم – ألا ترى أن الملك لو أعطى لرجل ألف دينار وأعطى الآخر مائة ثم طلبنا نحن من الملك أن يزيد صاحب الألف على الألف مثل ما أعطى صاحب المائة وأجاب الملك طلبنا لكان الحاصل مع صاحب الألف ألفا ومائة ومع صاحب المائة مائة لم يلزم على ذلك.

وإن تخيل أن مائة صاحب المائة أعظم من مائة صاحب الألف بمقتضى قاعدة التشبيه إخلال ما بعطية صاحب الألف في ألفه بل المائة زيادة على ما وقع به التفضيل أولا فسقط ما أورده العز بن عبد السلام على الحديث المذكور من أن قاعدة العرب تقتضي أن المشبه بالشيء." (١)

"الفرق التاسع والثلاثون بين قاعدة الزواجر وبين قاعدة الجوابر) وهاتان قاعدتان عظيمتان وتحريرهما أن الزواجر تعتمد المفاسد فقد يكون معهما العصيان في المكلفين وقد لا يكون معها عصيان كالصبيان والمجانين فإنا نزجرهم ونؤدبهم لا لعصيانهم بل لدرء مفاسدهم واستصلاحهم وكذلك البهائم ثم هي قد يكون مقدرة كالحدود وقد لا تكون كالتعازير وأما الجوابر فهي مشروعة لاستدراك المصالح الفائتة والزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة ولا يشترط في حق من يتوجه في حقه الجابر أن يكون آثما ولذلك شرع مع العمد والجهل والعلم والنسيان والذكر وعلى المجانين والصبيان بخلاف الزواجر فإن معظمهما على العصاة زجرا لهم عن المعصية وزجرا لمن يقدم بعدهم على المعصية وقد تكون مع عدم العصيان كما نقدم تمثيله بالصبيان وكذلك قتال البغاة درءا لتفريق الكلمة مع عدم التأثيم لأنهم متأولون وقد اختلف في بعض الكفارات هل هي زواجر لما فيها من مشاق تحمل الأموال وغيرها أو هي جوابر لأنها عبادات لا تصح إلا بنيات وليس التقرب إلى الله زجرا بخلاف الحدود والتعزيرات فإنها ليست قربات لأنها ليست فعلا للمزجورين

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ١/١٠١

بل يفعلها الأئمة بهم ثم الجوابر تقع في العبادات والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح والأموال والمنافع فجوابر العبادات كالتيمم مع الوضوء وسجود السهو للسنن وجهة السفر في الصلاة مع الكعبة وجهة العدو في الخوف مع الكعبة إذا ألجأت الضرورة إلى ذلك.

وصلاة الجماعة لمن صلى وحده لأنه يجبر ما فاته من فضيلة الجماعة بالإعادة في جماعة أخرى وأخذ النقدين مع دون السن الواجب في الزكاة أو زيادة السن في ابن اللبون مع وصف الأنوثة الفائت في بنت المخاض والإطعام لمن أخر قضاء رمضان عن سنته إلى بعد شعبان أو لم يصم لعجزه والصيام والإطعام والنسك في حق من ارتكب محظورا من محظورات الحج أو الدم لترك الميقات أو التلبية أو شيء من واجبات الحج ما عدا الأركان أو العمل في التمتع أو القران وجبر الدم

ـــــS. . . . .

ـــــQفلا تضمن لأن يده على منافعه فلا يتصور فواتها في يد غيره وإن كانت منافع الأبضاع ضمنت بالعقد الصحيح والفاسد والشبهة والإكراه ولا تجبر بالفوات تحت الأيدي العادية والفرق أن قليل المنافع يجبر بالقليل من الجابر وكثيرها بكثيره وضمان البضع بمهر المثل وهو يستحق بمجرد الإيلاج فلو جبر بالفوات لوجب ما لا يمكن ضبطه فضلا عن القدرة عليه فإن كل ساعة يفوت فيها من الإيلاجات شيء كثير جدا وإيجاب مثل هذا بعيد من قواعد الشرع وإن كانت منافع غير ما ذكر ضمنت بالعقود الصحيحة والفاسدة والفوات تحت الأيدي المبطلة.

قلت وأما النفوس والأعضاء ومنافع الأعضاء والجراح فما رتبه صاحب الشرع عليها من ديات أو كفارات أو حكومة فجوابر وما رتبه صاحب الشرع عليها من قصاص أو ضرب أو سجن أو تأديب فزواجر فمن هنا قال الأصل وأما النفوس فإنها خارجة عن هذه القوانين لمصالح تذكر في الجنايات ففي تبصرة ابن فرحون ولا خلاف في أن قتل النفس حرام وقد شرع فيه إذا وجد سببه وشرطه وانتفى مانعه القصاص للحكمة التي ذكرها الله تعالى في كتابه العزيز {ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب} [البقرة: ١٧٩] اهـ (وصل) في ثلاث مسائل تتعلق بالزواجر (المسألة الأولى)

قال مالك - رحمه الله تعالى - إذا شرب الحنفي يسير النبيذ أحده ولا أقبل شهادته لأن إباحة اليسير من النبيذ على خلاف القياس الجلي على الخمر لجامع الإسكار المقتضي تحريمه وعلى خلاف النصوص الصريحة كقوله - عليه الصلاة والسلام - «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وعلى خلاف القواعد المقتضية

صيانة العقول ومنع التسبب لإفسادها والحكم الذي يكون على خلاف هذه الأمور إذا قضى به القاضي ينقض قضاؤه ولا نقره شرعا مع التأكيد لقضاء القاضي فأولى أن لا نقره شرعا مع عدم التأكيد وما لا يقر شرعا ليس فيه تقليد ولا اجتهاد مقبول شرعا ومن أتى المفسدة بغير تقليد صحيح أو اجتهاد معتبر فهو عاص فنحده للمعصية والمفسدة ولهذه العلة لا أقبل شهادته لفسقه حينئذ بالمعصية.

وقال الشافعي أحده وأقبل شهادته أما قبول شهادته فلأنه مقلد أو مجتهد وكلاهما غير عاص لأن حكم الله تعالى عليهما ما أدى إليه الاجتهاد وأما حده فلدرء المفسدة في التسبب لإفساد العقل إذ التأديب قد يكون مع عدم المعصية بل لأجل المفسدة كتأديب الصبيان والبهائم وفيه أنا لا نسلم أن كل تأديب قد يكون مع عدم المعصية حتى تتم كلية الكبرى المشروطة في إنتاج الشكل الأول بل التأديب إما مقدر وهو الحدود كما هنا فلا يكون في غير معصية وإما غير مقدر فيكون في غير معصية ولا يفيد في هذه المسألة فافهم (لطيفة) في شرح المجموع وضوء الشموع للعلامة الأمير اشتهر بين أهل الأدب وإن لم يخل شرعا عن قلة أدب. قول ابن الرومي كما في حلبة الكميت

أحل العراقي النبيذ وشربه ... وقال حرامان المدامة والسكر

وقال الحجازي الشرابان واحد ... فحلت لنا من بين قوليهما الخمر

أراد الخمر نبيذ والنبيذ حلال فالصغرى من الاتحاد عندنا والكبرى من الحنفية وإنما فسد القياس المشار إليه لأن شرطه كلية الكبرى والحنفية لا يقولون بالكلية بل يخصون البعض الذي لم يسكر اهـ." (١)

"ولا تضمن منافع الحر بحبسه لأن يده على منافعه فلا يتصور فواتها في يد غيره ومنافع الأبضاع تضمن بالعقد الصحيح والفاسد والشبهة والإكراه ولا تجبر بالفوات تحت الأيدي العادية والفرق أن قليل المنافع يجبر بالقليل من الجابر وكثيرها بكثيره وضمان البضع بمهر المثل وهو يستحق بمجرد الإيلاج فلو جبر بالفوات لوجب ما لا يمكن ضبطه فضلا عن القدرة عليه فإن كل ساعة يفوت فيها من الإيلاجات شيء كثير جدا وإيجاب مثل هذا بعيد من قواعد الشرع.

وأما النفوس فإنها خارجة عن هذه القوانين لمصالح تذكر في الجنايات فروع ثلاثة في الزواجر الأول الحنفي إذا شرب يسير النبيذ قال الشافعي أحده وأقبل شهادته أما حده فلدرء المفسدة في التسبب لإفساد العقل وأما قبول شهادته فلأنه مقلد أو مجتهد وكلاهما غير عاص لأن حكم الله تعالى عليهما ما أدى إليه

---

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢١٣/١

الاجتهاد وقال مالك أحده ولا أقبل شهادته أما حده فللمفسدة والمعصيةِ معا بسبب أن إباحة اليسير من النبيذ **على خلاف القياس** الجلي والقياس الجلي يقتضي تحريمه قياسا على الخمر بجامع الإسكار وعلى خلاف النصوص الصريحة كقوله - عليه السلام - «ما أسكر كثيره فقليله حرام» وعلى خلاف القواعد لأن القواعد تقتضي صيانة العقول ومنع التسبب لإفسادها والحكم الذي يكون على خلاف أحد هذه الأمور إذا قضى به القاضي ينقض قضاؤه وما لا يقر مع قضاء القاضي وتأكده بالقضاء ولا نقره شرعا مع التأكيد فأولى أن لا نقره شرعا مع عدم التأكيد وما لا يقر شرعا ليس فيه تقليد ولا اجتهاد مقبول شرعا ومن أتى المفسدة بغير تقليد صحيح أو اجتهاد معتبر فهو عاص فنحده للمعصية والمفسدة ولهذه العلة لا أقبل شهادته لفسقه حينئذ بالمعصية وأما قول الشافعي إن التأديب قد يكون مع عدم المعصية بل لأجل المفسدة كتأديب الصبيان والبهائم فلا يفيده في هذه المسألة لأنا نسلم له ذلك في التأديب الذي ليس بمقدر وأما المقدر وهو الحدود فلا نسلم أنها قد تكون في غير معصية الثاني

ـــــــS. . . . .

ـــــــQمن الجناة لا يؤثر فيه التأديب اللائق بجنايته ردعا وإنما يؤثر فيه كالقتل لا يجوز أن يكون عقوبة لتلك الجناية فإن هذا الجاني يسقط تأديبه مطلقا أما المناسب فيسقط لعدم الفائدة فيه والإيلام مفسدة لا تشرع إلا لتحصيل مصلحة فحيث لا مصلحة لا تشرع وأما غير المناسب فلعدم سبب المبيح فيسقط تأديبه مطلقا وهو متجه اتجاها قويا والله تعالى أعلم.

[الفرق بين قاعدة المسكرات وقاعدة المرقدات وقاعدة المفسدات]

(الفرق الأربعون بين قاعدة المسكرات وقاعدة المرقدات وقاعدة المفسدات)

وذلك أن المتناول لما يغيب العقل إما أن يغيب معه الحواس أو لا فإن غابت معه الحواس كالبصر والسمع واللمس والشم والذوق فهو المرقد وإن لم تغب معه الحواس فإما أن تحدث معه نشوة وسرور وقوة نفس عند غالب المتناول له فهو المسكر وإما أن لا يحدث معه ذلك فهو المفسد فالمرقد ما يغيب العقل والحواس كالسكران بضم الكاف أوله مهمل أو معجم كما في الحطاب والمفسد ما يغيب العقل دون الحواس لا مع نشوة وفرح كالأفيون وعسل البلادر الذي يشرب للحفظ وما ألطف قول الرجراجي

شرب البلادر عصبة كي يحفظوا ... ونسوا الذي في ذكره من قال

أوما رأوا أن البلا شطر اسمه ... والضر آخره بقلب الدال

ويسمى المفسد أيضا بالمخدر والمفتر ومنه الحشيشة على ما للأصل وهو الصحيح كما عرفت والمسكر ما غيب العقل دون الحواس مع نشوة وفرح وزيادة في الشجاعة وقوة النفس والميل إلى البطش والانتقام من الأعداء والمنافسة في العطاء وأخلاق الكرماء كما يشير لذلك قول حسان

ونشربها فتتركنا ملوكا ... وأسدا ما ينهنهنا اللقاء

من نحو الخمر وهو المعمول من الزبيب والعنب والمزر وهو المعمول من القمح والتبع وهو المعمول من العسل والسكركة وهو المعمول من الذرة ولأجل اشتهار هذا في المسكرات وشاع بين متناوليها أنها توجب السرور والأفراح حتى قال شاعرهم

وليست الكيمياء في غيرها وجدت ... وكل ما قيل في أبوابها كذب

قيراط خمر على القنطار من حزن ... يعود في الحال أفراحا وينقلب

أنشد القاضي عبد الوهاب المالكي – رحمه الله تعالى – مجيبا لهم

زعم المدامة شاربوها أنها ... تنفي الهموم وتصرف الغما

صدقوا سرت بعقولهم فتوهموا ... أن السرور لهم بها تما

سلبتهمو أديانهم وعقولهم ... أرأيت عادم ذين مغتما

وقد أنشد هذه الأبيات أيضا أبو الفضل الجوهري على المنبر بمصر وحكى ذلك عنه ابن العربي كما في حاشية ابن حمدون وتنفرد المسكرات عن المرقدات والمفسدات بثلاثة أحكام الحد والنجاسة وتحريم اليسير وما نقله الحطاب عن ابن فرحون من أن من اللبن نوعا يغطي العقل إذا صار قارصا ويحدث نوعا من السكر فإن شرب لذلك حرم ويحرم منه القدر الذي يغطي العقل اهـ فيه نظر بل يحرم تناول القليل والكثير منه حيث كان يحدث نوعا من السكر كما في حاشية ابن حمدون ولا حد في المرقدات والمفسدات ولا نجاسة فمن صلى حامل البنج أو الأفيون أو السيكران لم تبطل صلاته إجماعا ويجوز تناول اليسير منها وهو ما لا يصل إلى التأثير في العقل أو الحواس ويحرم تناول الكثير الذي يصل إلى التأثير في العقل أو الحواس فهذه الثلاثة الأحكام وقع بها الفرق بين المسكرات والآخرين." (١)

". . . . .

ـــــــ

(١) الفروق للقرافي = أنوار البروق في أنواء الفروق القرافي ٢١٥/١

على المناظر وهو المستدل «بيان» أنها واردة «على مذهب خصمه أيضا» إذ لا يلزم الخصم قبول قول المستدل: إن العرايا مستثناة عن علة الربا على كل قول، بدون إقامة الدليل على ذلك، لأنه دعوى، والدعوى لا تقبل إلا بحجة، فتروى له الأحاديث التي في العرايا وبيان كونها رخصة.

ومن هذا الباب قولهم في اشتراط النية للعبادة: عبادة مفروضة، فتفتقر إلى تعيين النية، فلا ينتقض ذلك بالحج حيث جاز الإحرام بما أحرم به زيد من غير تعيين نية، لأنه ورد على خلاف قياس العبادات؛ إما لمحافظة الشرع على تحصيله بكل وجه حصل مقصوده، أو تخفيفا عن المكلف لئلا يلغو حجه، فيحتاج إلى إعادته، وربما لا يمكنه في ذلك العام، فيحتاج إلى إنشاء سفر آخر لفعله مع ما فيه من المشقة والتغرب.

واعلم أن قول الفقهاء: هذا الحكم مس**ت**ثنى عن قاعدة القياس، أو خارج عن القياس، أو ثبت **على خلاف القياس**؛ ليس المراد به أنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس، وإنما المراد به أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي.

فمن ذلك أن القياس عدم بيع المعدوم، وجاز ذلك في السلم والإجارة توسعة وتيسيرا على المكلفين.

ومنه: أن القياس أن كل واحد يضمن جناية نفسه، وخولف في دية الخطأ رفقا بالجاني، وتخفيفا عنه؛ لكثرة وقوع الخطأ من الجناة

وكذلك الكلام في المصراة؛ لما كان اللبن المحتلب منها مجهولا، فلو وجب ضمانه بمثله، لأفضى إلى النزاع لجهالة القدر المضمون، فقطع." (١)

"وإنما شرعت الدية صيانة للدم عن الهدر والعفو عن القصاص مندوب إليه فكان جائزا أن يهدر بل حسنا ولهذا قلنا إن ملك النكاح لا يضمن بالشهادة بالطلاق بعد الدخول وبقتل المنكوحة وبردتها؛ لأنه ليس بمال متقوم

ــــــQالشاهد فإنه أتلفه قصدا إليه وهذا؛ لأن ملك القصاص ضروري فيظهر في حق الولي من حيث تطرقه إلى الاستيفاء دون المملوك عليه حتى لم يصر المحل مملوكا له فلا يظهر في حق القتل إليه أشير في الأسرار.

، ولنا أن المتلف ليس بمال متقوم فلا يضمن المال؛ لأن المال ليس بمثل لا صورة ولا معنى؛ لأن ملك

---

(١) شرح مختصر الروضة الطوفي ٣/٣٢٩

القصاص ملك من عليه القصاص، وملك حياته في حق الاستيفاء وشرعيته لمعنى الإحياء فلا يكون المال مثلا إلا أن القاتل إنما يلتزم في الصلح الدية بمقابلة ما هو من أصول حوائجه فهو محتاج إلى هذا الصلح لإبقاء نفسه وحاجته مقدمة على حق الوارث فلهذا يعتبر من جميع المال.

قوله (وإنما شرعت الدية) جواب عن الخطأ الذي هو المقيس عليه للخصم فقال لا يجوز القياس على الخطأ؛ لأن وجوب المال ورد **على خلاف القياس** لصيانة الدم عن الهدر وإظهار خطر المحل وما في الشهادة إراقة دم ليصان بالضمان بل فيها إبطال ملك القصاص بإثبات العفو والعفو مندوب إليه فيكون إهداره جائزا بهذا الطريق وهو العفو بل حسنا لقوله تعالى {ولمن صبر وغفر إن ذلك لمن عزم الأمور} [الشورى: ٤٣] .

ولأن القصاص حياة حكما وفي العفو حياة حقيقة فلا يمكن إيجاب الضمان لمعنى الصيانة وصار كأن الشهود أثنوا عليه بفعل مندوب والمراد من الإهدار ههنا عدم إيجاب شيء من المال بمقابلته قوله (ولهذا أي ولما بينا أن ما ليس بمال) متقوم لا يضمن بالمال قلنا إذا شهد شاهدان بالتطليقات الثلاث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنا شيئا عندنا وعند الشافعي - رحمه الله تعالى - يضمنان للزوج مهر مثلها وكذلك إن قتل رجل منكوحة رجل لم يضمن القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي يضمن مهر المثل للزوج.

، وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تغرم للزوج شيئا عندنا وعنده له مهر المثل عليها كذا في المبسوط، وذكر في إشارات الأسرار للشيخ أبي الفضل الكرماني - رحمه الله - في مسألة رجوع شهود الطلاق بعد الدخول في جانب الشافعي ولا يلزم المرأة إذا ارتدت بعد الدخول لا تضمن للزوج شيئا وقد فوتت عليه الملك بالردة كما فوت الشاهد بالشهادة؛ لأن الردة تؤثر في تغيير الاعتقاد لا في النكاح قصدا والشاهد أتلف بالشهادة قصدا، فهذا يخالف ما ذكر في المبسوط عن الشافعي في مسألة الردة فيحمل على أن له في مسألة الردة قولين، وذكر في التهذيب إن وجدت الردة بعد الدخول فقد استقر مهرها بالدخول فلا يسقط بالردة وإن وجدت قبل الدخول نظر فإن ارتدت المرأة سقط مهرها؛ لأن الفسخ من قبلها وإن ارتد الزوج فعليه نصف المهر.

وهذا يؤيد ما ذكره أبو الفضل تمسك الشافعي - رحمه الله - بأن ملك النكاح متقوم على الزوج ثبوتا فيكون متقوما عليه زوالا؛ لأن الزائل عين الثابت فمن ضرورة تقومه في إحدى الحالتين تقومه في الحالة

الأخرى كملك اليمين بل أولى؛ لأن ملك اليمين يجوز اكتسابه بلا بدل بخلاف ملك النكاح فإنه لا ينفك عن مهر ويجب بالفاسد قيمته كما في الأعيان، ألا ترى أن الزوج لو خالعها على مال يجوز وما لم يكن متقوما لا يصير متقوما بالعقد كالخمر والميتة وإنما المعاوضة لإقامة المسمى من المال مقام أصل القيمة بتراضيهما، ولنا أن ملك النكاح ليس." (١)

"فأما إذا كان ظهر حديثه ولم يظهر من السلف إلا الرد لم يقبل حديثه وصار مستنكرا لا يعمل به **على خلاف القياس** وصار هذا غير حجة يحتمل أن يكون حجة على العكس من المشهور أنه حجة يحتمل شبهة عند التأمل

ـــــQرد ولا قبول فيلتحق بالقسم الخامس ويجوز أن يكون هذا القسم مقبولا بالاتفاق بشرط أن يكون موافقا للقياس فإن خالفه يرد؛ لأن الخلاف الواقع في قبوله كان أدنى حالا من الذي اتفق على قبوله فيشترط تأيده بالقياس كالقسم الخامس عندنا إلا أن هذا المثال وهو حديث معقل موافق للقياس عندنا؛ لأن المهر يجب بنفس العقد عندنا ويتأكد بالموت كما يتأكد بالوطء؛ لأن بالموت ينتهي النكاح الذي هو عقد العمر والشيء إذا انتهى تقرر كانتهاء الصلاة بالسلام فيكون بمنزلة تسليم المعقود عليه وهو الوطء؛ ولهذا وجبت العدة فيجب تمام مهر المثل وإذا كان موافقا للقياس وجب العمل به.

وعند الشافعي – رحمه الله – هو مخالف للقياس؛ لأن الأصل عنده أن المهر لا يجب إلا بالفرض وبالتراضي أو بقضاء القاضي أو باستيفاء المعقود عليه فإذا لم يوجد واحد منها إلى أن مات الزوج لا يجب شيء؛ لأن المعقود عليه رجع إليها سالما فكان بمنزلة ما لو طلقها قبل الدخول بها وبمنزلة هلاك المبيع قبل القبض وإذا كان مخالفا للقياس وجب رده به فعلى هذا كان، قوله ولم يعمل الشافعي بهذا القسم إلى آخره بيانا أن خلاف الشافعي في المثال لا في الأصل وهو قوله، وإن اختلف فيه فكذلك وكان معنى قوله بهذا القسم بهذا المثال الذي هو من هذا القسم ولو جعلت اسم الإشارة راجعا إلى قوله، وإن اختلف فيه فكذلك لا يلائمه التعليل الذي ذكره وعلى التقديرين لا يخلو الكلام عن نوع اشتباه والله أعلم بمراد المصنف وقوله وقد روى أي هذا الحديث عنه أي عن معقل الثقات أي العدول مثل ابن مسعود من القرن الأول وعلقمة وغيره من القرن الثاني فثبت بروايتهم عنه وعلمهم به عدالته دليل ثان على وجوب العمل به. وقوله مع أنه أي معقلا من قرن العدول دليل ثالث، وإشارة إلى الجواب عما قال بعض أصحاب الشافعي

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ١/١٧٩

إن رواية المجهول في الكفر والصبا لا تقبل فكذا رواية مجهول الحال في الفسق فأشار إلى أن العدالة في ذلك الزمان أصل بشهادة الرسول – عليه السلام – فوجب التمسك به إلى أن يظهر معارض ينقضه فأما الصبا والكفر في مجهول الحال فيهما فأصل فلا يترك إلا بيقين يعارضه فيفترقان.

قوله (فأما إذا ظهر حديثه ولم يظهر من السلف إلا الرد) فلا يجوز العمل به إذا خالف القياس؛ لأنهم كانوا لا يتهمون برد الحديث الثابت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، ولا يترك العمل به وترجيح الرأي بخلافه عليه فاتفاقهم على الرد دليل على أنهم اتهموه في هذه الرواية ولو قال الراوي أوهمت لم يعمل بروايته فإذا ظهر ذلك ممن فوقه وهو رد الفقهاء من الصحابة كان أولى كذا قال شمس الأئمة – رحمه الله – ويسمى هذا النوع منكرا ومستنكرا؛ لأن أهل الحديث لم يعرفوا صحته وهو دون الموضوع فإن الموضوع لا يحتمل أن يكون حديثا مثل ما روى محمد بن سعيد عن حميد عن أنس أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال «أنا خاتم النبيين لا نبي بعدي إلا أن يشاء الله» فوضع هذا الاستثناء لما كان يدعو إليه من الإلحاد والزندقة ويدعي التنبؤ فأما المنكر فيحتمل أن يكون حديثا؛ لأن كونه حديثا إن لم يكن معلوما عند أهل الصنعة فكونه موضوعا ليس بمعلوم لهم أيضا فكان من الجائز أن يكون الراوي صادقا في الرواية ولكنه مع هذا الاحتمال ليس بحجة لا في حق." (١)

"وأما القسم الثالث فلا يثبت إلا بلفظ الشهادة والعدد عند الإمكان وقيام الأهلية بالولاية مع سائر شرائط الأخبار لما فيها من محض الإلزام وتوكيدا لها

ـــــــQشبهة بالاتفاق فلا يجوز إثباتها به كما لا يجوز بالقياس فأما إثباتها بالبينات فجوز بالنص الموجب للعلم **على خلاف القياس**، وهو قوله تعالى {فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} [النساء: ١٥] ، وقد انعقد الإجماع على ذلك أيضا فكان ثبوتها مضافا إلى النص والإجماع فيجوز ومن رجح القول الأول قال خبر الواحد صار حجة بدلائل موجبة للعلم أيضا من إجماع الصحابة وسائر الدلائل التي مر تقريرها فكان مثل الشهادة من غير فرق فيثبت به الحدود، ألا ترى أن القصاص يثبت بخبر الواحد؛ فإن علماءنا تمسكوا في قتل المسلم بالذمي بخبر مرسل، وهو ما روي «أن النبي – عليه السلام – أقاد مسلما بكافر، وقال: أنا أحق بمن وفى ذمته» .

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢/٣٨٧

وثبت قتل الجماعة بالواحد بأثر عمر - رضي الله عنه -، وهو دون خبر الواحد ولما ثبت القصاص به يثبت الحدود أيضا؛ لأنه لا فرق بينهما من حيث إن كل واحد يسقط بالشبهة فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يثبت بالقياس أيضا؛ لأن وجوب العمل به ثابت بدلائل موجبة للعلم أيضا على ما يأتي بيانها إن شاء الله عز وجل، وقد اتفق أصحابنا أنها لا يثبت به قلنا: عدم الثبوت به باعتبار أن العقوبة إنما تجب مقدرة مكيفة بحسب كل جناية ولا مدخل للرأي في معرفة ذلك فامتنع إثباتها به بخلاف خبر الواحد؛ فإنه كلام صاحب الشرع وإليه إثبات كل حكم فيجب قبوله ثم استوضح القول الأخير وأكده بقوله: ألا ترى أن أبا حنيفة - رحمه الله - لم يوجب الحد في اللواطة بالقياس يعني على الزنا بجامع أن في كل واحد منهما قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى محرم من كل وجه ولا بالخبر الغريب، وهو قوله - عليه السلام - «اقتلوا الفاعل والمفعول به» وقوله - عليه السلام - «ارجموا الأعلى والأسفل» وأجابوا عنه بأنه إنما لم يعمل بهذا الحديث؛ لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تركوا الاحتجاج به مع اختلافهم في حكم اللواطة فدل على زيافته.

قوله (وأما القسم الثالث) وهو الذي فيه إلزام محض من حقوق العباد عند الإمكان متصل بقوله والعدد، وهو احتراز عما لا يطلع عليه الرجال مثل البكارة والولادة والعيوب التي بالنساء في مواضع لا يطلع عليها الرجال؛ فإن شهادة النساء فيها مقبولة من غير اشتراط عدد وإن اشترط لفظ الشهادة وقيام الأهلية بالولاية يعني يكون أهلا للشهادة بأن يكون له ولاية على نفسه ليتعدى إلى غيره وذلك بالعقل والبلوغ والحرية مع سائر شرائط الأخبار من العدالة والضبط، لما فيها أي في هذه الحقوق من محض الإلزام متعلق بقوله وقيام الأهلية بالولاية ودليل عليه.

قوله وتوكيدا لها عطف عليه من حيث المعنى أي ولتوكيدها كقوله تعالى {لتركبوها وزينة} [النحل: ٨] ، وهو دليل على اشتراط لفظ الشهادة والعدد وبيانه أن هذه الحقوق لما كانت من قبيل الإلزامات لا بد من أن يكون الخبر المثبت لهذه الحقوق ملزما ولا شك أن الإلزام من باب الولاية إذ الولاية تنفذ القول على الغير شاء الغير أو أبى والإلزام بهذه المثابة فإذا لا بد من أن يكون المخبر من أهل الولاية ليصلح خبره للإلزام وذلك بالعقل والبلوغ والحرية فلهذا شرطنا الأهلية بالولاية ولما حصل معنى الإلزام في الخبر بعد

وجود شرائطه كان ينبغي أن لا يشترط العدد ولفظ الشهادة فيه كما في القسم الأول فقال إنما شرع اللفظ والعدد على سبيل التوكيد." (١)

"وأن يبقى الحكم في الأصل بعد التعليل على ما كان قبله

ـــــــQتحقق التعدية فإنها تتم بالجميع، جعل الكل شرطا واحدا بخلاف الشرطين الأولين فإنهما ليسا من التعدية بل هما من شروط التعدية كذا في بعض الشروح وأن يبقى الحكم في الأصل أي النص الذي في المقيس عليه بعد التعليل على ما كان قبل التعليل يعني يشترط أن لا يتغير في الفرع وزاد بعض الأصوليين شروطا لم يذكرها الشيخ ومنها ما ذكر شمس الأئمة – رحمه الله – أنه يشترط أن لا يكون التعليل متضمنا إبطال شيء من ألفاظ النص كإلحاق سائر السباع بالخمس المؤذيات في إباحة قتلها للمحرم بالتعليل فإنه يوجب إبطال لفظ الخمس المذكور في قوله – عليه السلام – «خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم» ؛ لأنه لا يبقى على حاله بل يصير أكثر من خمس، فكان هذا التعليل مبطلا له فيبطل، ولم يذكره الشيخ لدخوله في الشرط الرابع ومنها ما ذكر غيره أن حكم الأصل يشترط أن يكون ثابتا، ولا يكون منسوخا؛ لأن الحكم يتعدى من الأصل إلى الفرع ولا يمكن ذلك إلا بعد ثبوت الحكم في الأصل، ويفهم هذا الشرط من قوله: وأن يتعدى الحكم إذ التعدي يتحقق في الثابت لا في المنسوخ.

ومنها أن يكون حكم الأصل غير متفرع عن أصل آخر وهو مذهب أبي الحسن وأكثر أصحاب الشافعي خلافا للحنابلة وأبي عبد الله البصري من المعتزلة؛ لأن الجامعة بين حكم الأصل وأصله أن أتحدث مع الجماعة بين حكم الأصل وفرعه فذكر الوسط ضائع؛ لأنه تطويل غير مفيد كقول الشافعي في السفرجل: إنه مطعوم فيكون ربويا قياسا على التفاح ثم يقيس التفاح على البر بواسطة الطعم فيضيع ذكر الوسط وهو التفاح وإن لم تتحد العلتان فسد القياس؛ لأن العلة التي بين الأصل وأصله لا يوجد في الفرع، والعلة التي بين الأصل وفرعه ليس بمعتبرة لثبوت الحكم في الأصل بدونها كقول بعض أصحاب الشافعي في الجذام: إنه عيب يفسخ به البيع فيفسخ به النكاح قياسا على الرتق ثم قاسوا الرتق على الجب عند توجه المنع بجامع فوات غرض الاستمتاع وفي قوله: الثابت بالنص إشارة إلى هذا الشرط يعني يشترط تعدي الحكم الشرعي الثابت بالنص لا بالقياس ومنها أن لا يكون الفرع متقدما على حكم الأصل؛ إذ لو كان كذلك يلزم منه ثبوت حكم الفرع قبل ثبوت العلة لتأخر الأصل.

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٢٩/٣

وذلك كقياس الشافعي الوضوء على التيمم في الانتقال إلى النية، فإن شرعية التيمم ثابتة بعد شرعية الوضوء فلا يجوز تعدية الحكم منه إلى الوضوء واعلم أن صاحب الميزان اعترض على الشروط الأربعة المذكورة في الكتاب بوجوه أحدها أن اشتراط الشرط الأول والثاني إنما يستقيم على قول من يرى تخصيص العلة مثل القاضي الإمام أبي زيد ومن وافقه فأما عند من أنكر تخصيص العلة مثل الشيخين وعامة المتأخرين فلا يستقيم؛ لأن النص إذا ورد بخلاف القياس تبين به أن ذلك القياس كان باطلا فكان اشتراط كون حكم الأصل غير معدول به عن القياس غير مستقيم ليتبين بطلان ذلك القياس بورود النص على خلافه بيانه أن الأكل لما جعل علة لفساد الصوم ثم ورد نص ببقاء الصوم مع الأكل ناسيا كان ذلك على فساد العلة فكيف يستقيم قولهم: إنه ورد **على خلاف القياس** مع تبين فساد القياس وبطلانه بوروده وثانيها أنه ذكر التعدي وهو." (١)

"وكذلك ثبت للمنافع حكم التقوم والمالية في باب عقود الإجارة بالنص مخالفا للقياس المعقول؛ لأن التقوم والتمول يعتمد الوجود ليصلح الإحراز والتقوم عبارة عن اعتدال المعاني وبين العين والمنافع تفاوت في نفس الوجود فلا يصح إبطال الخصوص بالتعليل.

ــــــQ {وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي} [الأحزاب: ٥٠] والخالصة مصدر مؤكد ك وعد الله ونظيرها العافية والكاذبة والخاطئة أي خلص لك انعقاد النكاح بالهبة خلوصا فلم يجز إبطال هذا الاختصاص بالتعليل لتعدية الحكم إلى نكاح غيره، (وقلنا) : لا نسلم أن المراد من الخلوص ما قلت بل المراد اختصاصه - عليه السلام - بسلامتها بغير عوض أي مهر، والمعنى قد خلص لك إحلال الموهوبة بغير بدل خلوصا. وذلك؛ لأنه - تعالى - قال في أول الآية {إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن} [الأحزاب: ٥٠] أي مهورهن وساق الكلام إلى أن قال {وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي} [الأحزاب: ٥٠] فكان فيه بيان المنة عليه في كلا النوعين من النكاح ببدل وبغير بدل والدليل عليه أنه - تعالى - قال في سياق الآية {قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم} [الأحزاب: ٥٠] يعني فرضنا المهر عليهم وأحللنا لك بغير مهر، وقال {لكيلا يكون عليك حرج} [الأحزاب: ٥٠] اللام متعلقة بقوله: خالصة لك أي خالصة لك من دون المؤمنين لكي لا يكون عليك بضيق في أمر النكاح، والحرج إنما يلحق الناس في لزوم المهر فأما في العدول من لفظ إلى لفظ فلا حرج خصوصا في حق من هو أفصح العرب والعجم.

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣/٣٠٣

والمراد اختصاصه – عليه السلام – بأن لا تحل منكوحته لأحد بعده والمعنى خلص إحلال ما أحللنا لك من النساء خلوصا حتى لا يحل لأحد بعدك فإنه – عليه السلام – كان يتأذى بأن يكون الغير شريكا له في فراشه من حيث الزمان، وعليه دل على قوله تعالى {وما كان لكم أن تؤذوا رسول الله ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا} [الأحزاب: ٥٣] وقوله جل جلاله {وأزواجه أمهاتهم} [الأحزاب: ٦] وهذا أي الاختصاص من الوجهين اللذين ذكرناهما مما يعقل كرامة فأما الاختصاص باللفظ فلا؛ لأن الاستعارة لا تختص بأحد بل الناس كلهم في الاستعارة ووجوه الكلام سواء، والواو في قوله: وفي اختصاصه بمعنى أو ولفظة في أو لفظة اختصاصه في قوله وفي اختصاصه زائدة، ولو قيل واختصاصه بأن لا يحل أو قيل: وفي أن لا يحل أحد بعده لكان أحسن

قوله: (وكذلك ثبت للمنافع) أي وكما ثبت جواز السلم بالنص **على خلاف القياس** مختصا به ثبت للمنافع المعدومة حكم التقوم والمالية في باب عقود الإجارة أي في جميع أنواعها صحيحها وفاسدها بالنص مثل قوله تعالى {وآتوهن أجورهن} [النساء: ٢٥] في حق الأظآر وقوله تعالى إخبارا {على أن تأجرني ثماني حجج} [القصص: ٢٧] .

وقوله – عليه السلام – «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه» وقوله – صلى الله عليه وسلم – «ثلاثة أنا خصمهم من استأجر أجيرا فلم يعطه أجره» الحديث مخالفا للقياس المعقول لما ذكرنا أن محل البيع مال متقوم مملوك مقدور التسليم والتقوم إنما يعتمد الوجود؛ لأنه يثبت بالإحراز، وأنه يتحقق في الموجود دون المعدوم، والمنافع ليست بموجودة فضلا من أن يكون محرزة وبعد ما وجدت لا يمكن إثبات التقوم لها أيضا؛ لأن التقوم عبارة عن اعتدال المعاني يقال: قيمة هذا الثوب كذا من الدراهم أي يعادل هذا الثوب هذا القدر من الدراهم من حيث المعنى، وهو المالية ولا بد في ذلك من المساواة في نفس الوجود ليمكن بعدها إثبات المساواة في المعنى، وبين العين والمنافع تفاوت في نفس الوجود؛ لأن العين جوهر يبقى ويقوم به العرض، والمنفعة عرض لا يبقى ويقوم بالجوهر وبين ما يبقى ويقوم به غيره وبين ما لا يبقى ويقوم بغيره تفاوت." (١)

"وإلى الإجارة، وما أشبه ذلك.

وأما ما بعد القبض فلم يجب يمين البائع إلا بالأثر بخلاف القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣/٣٠٨

الله فلم يصح تعديته إلى الوارث، وإلى حال هلاك السلعة، وإنما أنكر على أصحابنا بعض الناس استحسانهم لجهلهم بالمراد

ـــــــQمقام المورث في حقوق العقد فوارث البائع يطالب وارث المشتري بتسليم الثمن ووارث المشتري يطالبه بتسليم المبيع فيمكن تعدية حكم التحالف إليهما، وإلى الإجارة حتى لو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة قبل أن يأخذ القصار في العمل يتحالفان؛ لأن التحالف مشروع لدفع الضرر عن كل واحد منهما بطريق الفسخ ليعود إليه رأس ماله وعقد الإجارة محتمل للفسخ قبل إقامة العمل كالبيع، ويمكن أن يجعل كل واحد منهما مدعيا، ومنكرا على الوجه الذي قلنا فيجري التحالف بينهما.

وما أشبه ذلك مثل ما إذا اختلفت الزوجان في مقدار المهر يجب التحالف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن النكاح يحتمل للفسخ في الجملة فإنه يقع بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفارة ويستحق فيه التسليم، والتسليم يشبه البيع من هذا الوجه، ويمكن جعل كل واحد منهما مدعيا، ومنكرا فيجري فيه التحالف أيضا.

ومثل ما إذا وقع الاختلاف بعد هلاك السلعة، وقد اختلفتا بدلا بأن قبل العبد المبيع قبل القبض يجري التحالف؛ لأن القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه فكانت مثل العين في إمكان فسخ العقد عليها.

فأما بعد القبض أي الاختلاف الذي وقع بعد القبض في الثمن فلم يجب أي لم يجب به يمين البائع؛ لأن المشتري لا يدعي لنفسه على البائع شيئا إذ المبيع مسلم إليه فكان ثبوت التحالف بالأثر **على خلاف القياس** عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فيقتصر على مورد النص لا يتعدى إلى الوارث حتى لو اختلف وارث البائع بعد موته والمشتري في الثمن. أو وارث المشتري بعد موته مع البائع.

أو اختلف الوارثان بعد موت المتعاقدين والسلعة مقبوضة قائمة في المسائل كلها كان من القول قول المشتري أو وارثه، ولا يجري التحالف بينهما، ولا إلى ما بعد هلاك السلعة سواء أخلفت بدلا أو لم تخلف لما ذكرنا أن التخالف بعد القبض معدول به عن القياس مستحسن بالأثر فلا يتعدى إلى غير المنصوص عليه.

فإن قيل: عدم جريان التحالف في الوارث بعد القبض مسلم، ولكنه حال هلاك السلعة في حق المتعاقدين غير مسلم لدخول تحت إطلاق النص، وهو قوله – عليه السلام –: «إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا»

قلنا: النص المقيد بقيام السلعة، وهو قوله – عليه السلام –: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا» يدل على اشتراط قيام السلعة. وكذا المطلق؛ لأن المراد من التراد إن كان رد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك لا يتأتى إلا عند قيام السلعة، وإن كان المراد رد العقد فالفسخ لا بد له من قيام السلعة أيضا؛ لأن الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد فإذا فات من غير بدل فقد فات محل الفسخ، ولا يمكن إبقاء المحل بإقامة القيمة مقامه؛ لأن القيمة ليست بواجبة قبل الفسخ على أحد. وعند محمد – رحمه الله – يجري التحالف في جميع هذه الصور؛ لأن التحالف إنما يصار إليه عنده باعتبار أن كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره الآخر إذ البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن شاهدي البيع إذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل، والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما." (١)

"واحتج بأن التخصيص غير المناقضة لغة، وهذا ظاهر؛ لأنه بيان أنه لم يدخل لا نقض ولا إبطال، وقد صح الخصوص على: الكتاب والسنة دون المناقضة قال ولأن العدول عن القياس بسنة أو إجماع أو ضرورة أو استحسان مخصوص منه بالإجماع ولأن الخصم ادعى أن هذا الوصف علة فإذا وجد ولا حكم له احتمل أن يكون العدم لفساد العلة فيتناقض واحتمل أن يكون العدم لمانع فوجب أن يقبل بيانه

ـــــــQالشرعية أمارة على الحكم، وليست بموجبة بنفسها، وإنما صارت أمارة بجعل جاعل فجاز أن تجعل أمارة للحكم في محل، ولم تجعل أمارة في محل كما جاز أن تجعل أمارة في وقت دون وقت وبتخلف الحكم عنها في بعض المواضع لا يخرج عن كونها أمارة؛ لأن الأمارة لا تستلزم وجود الحكم في كل المواضع بل الشرط فيها غلبة وجود الحكم عندها كالغيم الرطب في الشتاء أمارة للمطر قد يتخلف في بعض الأحايين، ولا يدل ذلك على أنه ليس بأمارة. وبأن تخصيص العلة المنصوصة جائز فإن الله تعالى جعل السرقة والزنا علتين للقطع والحد، وقد يوجد سارق لا يقطع وزان لا يحد وجعل المشاقة علة لقتل الكفار بقوله عز اسمه في سورة الأنفال: {ذلك بأنهم شاقوا الله ورسوله} [الأنفال: ١٣] بعد قوله {فاضربوا فوق الأعناق} [الأنفال: ١٢] ، وقد وجدت العلة في حق المرأة بدون القتل وجعل وقوع العداوة والبغضاء علة لحرمة الخمر والميسر بقوله تعالى: {إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر} [المائدة: ٩١] والعلة موجودة في حالة الإكراه مع تخلف حكمها عنها، ولما جاز تخصيص المنصوصة جاز تخصيص المستنبطة؛ لأن ما يجوز على الشيء أو ما يستحيل جوازه عليه لا يختلف

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ١٢/٤

لاختلاف طرقه، ولم يوجد في العلتين اختلاف الطريق فإنه في أحديهما النص، وفي الأخرى الاستنباط، وذلك لا يوجب الاختلاف فيهما بعدما ثبت أن كل واحد منهما علة.

ألا ترى أن دلالة العلة على ثبوت الحكم في محالها كدلالة العام على أفراده فلما جاز تخصيص العام جاز تخصيص العلة. وبأن خصوص العلة ليس إلا امتناع ثبوت موجب الدليل في بعض المواضع لمانع يمنع بطريق المعارضة وذلك مما لا يرده العقل، ولا يكون دليل الفساد كما في العلة المحسوسة فإن النار علة للإحراق ثم إنها لم تؤثر في إبراهيم – عليه السلام –، ولا في الطلق لمانع لا يدل على أن النار ليست بمحرقة. وبما ذكر الشيخ في الكتاب أن التخصيص غير المناقضة، وإنما ذكر هذا؛ لأن من أنكر التخصيص جعله من باب المناقضة إذ يلزم منه القول بتصويب كل مجتهد وذلك يستلزم اعتقاد حقية الحظر والإباحة والجواز والفساد في شيء واحد، وهو تناقض فقال التخصيص غير المناقضة. وتقريره ما ذكر القاضي الإمام أبو زيد وشمس الأئمة رحمهما الله في كتابهما أن التخصيص غير المناقضة لغة وشرعا، وإجماعا، وفقها. أما اللغة فلأن النقض اسم لفعل يرد فعلا سبق على سبيل المضادة كنقض البنيان ونقض كل مؤلف والخصوص بيان أنه لم يدخل في الجملة لا أنه رفع الثبوت ألا ترى أن ضد الخصوص العموم، وضد النقض البناء والتأليف.

وأما الشرع فلأن التخصيص جائز في النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، والتناقض لا يجوز فيها أصلا فيتغايران، وإليه أشار الشيخ لقوله، وقد صح الخصوص إلى آخره.

، وأما الإجماع فلأن القائسين أجمعوا على أن الأحكام قد تثبت **على خلاف القياس** الشرعي في بعض المواضع بدليل أقوى منه من نص أو إجماع أو ضرورة وذلك يكون تخصيصا لا مناقضة ولهذا سماها الشافعي مخصوصة عن القياس، ونحن نسميها معدولا بها عن القياس ألا ترى أن ذلك القياس بقي معمولا به في غير ذلك الموضع، والقياس المنتقض فاسد لا يجوز العمل به في موضع." (١)

"وهي مع ذلك أصلية؛ لأن عامة حقوق البشر نظير هذه الحجة في احتمال الشبهة والنكاح من جنس ما يثبت بالشبهات فكان فوق ما يسقط بالشبهات في أصل الوضع فبطل القياس به من كل وجه ألا ترى أنه يثبت مع الهزل الذي لا يثبت به المال فلأن يثبت بما يثبت به المال أولى.

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٣٣/٤

وإذا ثبت دفع العلل بما ذكرنا من وجوهه كانت غايته أن يلجئ إلى الانتقال (وهذا باب وجوه الانتقال) : وهو أربعة أوجه:.

الأول الانتقال من علة إلى أخرى لإثبات العلة الأولى والثاني الانتقال من حكم إلى حكم آخر بالعلة الأولى والثالث الانتقال إلى حكم آخر وعلة أخرى هذه كلها صحيحة والرابع الانتقال من علة إلى علة أخرى لإثبات الحكم الأول لا لإثبات العلة الأولى وهذا الوجه باطل عندنا ومن الناس من استحسن هذا أيضا أما الوجوه الأولى فإنما صحت

ـــــــQضرورة ويبتذل عادة لا يدل على اعتبارها فيما لا ضرورة فيه وله خطر ليس لغيره فيظهر به أي بسبب بيانه أن شهادة النساء حجة ضرورية إلى آخره فقه المسألة لأصحابنا أيضا؛ لأنا لا نسلم كذا يعني أنه لما بين أنها حجة ضرورية احتجنا إلى المنع وإلى بيان مستنده ولا يتحقق ذلك إلا ببيان المعنى فيظهر الفقه من جانب أصحابنا أيضا وهو أن شهادتهن أصلية كشهادة الرجال؛ لأن الإنسان إنما يصير شاهدا بالولاية وهي مبنية على الحرية والعقل والنساء فيهما مثل الرجال وما ذكر من نقصان العقل ساقط العبرة؛ لأن عقلهن اعتبر كاملا في التكاليف بالإجماع والقبول يبتنى على العدالة وانتفاء التهمة ولهن عدالة مثل الرجال ولهذا قبلت منهن رواية الأخبار والضلال المنصوص عليه في الكتاب مجبور بضم امرأة أخرى إليها فلئن نفي نوع شبهة بعد الخبر وهي شبهة ظاهر البدلية لا حقيقة البدلية فإن شهادتهن حجة مع وجود الرجال بالإجماع تعتبر فيما يسقط بالشبهات كالحدود وغيرها فأما فيما يثبت مع الشبهات فلا وعلى هذا كان ينبغي أن تكون شهادة النساء وحدهن حجة إلا أن الشرع لم يقبل شهادتهن منفردة **على خلاف القياس**.

فعند الخصم قبول شهادتهن حكم مخصوص ثابت بخلاف القياس والأصل عدم القبول فيتبين حقيقة ذلك بالتحاكم إلى الأصول فمتى ثبت للخصم ظهور الخلل فيما هو ركن الشهادة تبين أن القبول **على خلاف القياس** ولم يثبت ذلك ومتى قام الدليل لنا أن ما هو الركن كامل تبين أن القبول أصل وعدم القبول **على خلاف القياس** وقد قام كما بينا قوله (وهي مع ذلك) أي مع تمكن الشبهة فيها أصلية غير ضرورية؛ لأن عامة حقوق البشر أي حجج عامة حقوقهم يعني الحجج التي يثبت بها أكثر الحقوق نظير هذه الحجة في احتمال الشبهة فإنها تثبت بشهادة رجلين وهي لا تخلو عن احتمال كذب وسهو وغلط وإن ترجح فيها جانب الصدق، ثم إنها لم تخرج باحتمال الشبهة عن كونه أصلية ولم تصر ضرورية فكذا هذه والنكاح من جنس ما يثبت بالشبهات أي يثبت مع الشبهات المقارنة إياه فإنه يثبت مع الهزل والكره والشروط الفاسدة

ولا يسقط بالشبهات الطارئة فإن رجلا لو تزوج امرأة الغير ودخل بها ويثبت له شبهة النكاح حتى سقط به الحد وجبت العدة لا يبطل النكاح الثابت بهذه الشبهة الطارئة فكان أي النكاح في الثبوت فوق ما لا يسقط بالشبهات ولا يثبت معها أيضا وهو المال فبطل القياس به أي بما يسقط بالشبهات فلا يستقيم قياسه به بوجه وعلى هذا التقدير لا يكون الضمير راجعا إلى المذكور؛ لأن المقيس عليه في قياس الشافعي غير مذكور في هذا الكتاب، ولكنه معلوم فيجوز عود الضمير إليه من غير ذكر وفي بعض النسخ فكان فوق ما يسقط بالشبهات أي النكاح الذي يثبت بالشبهات فوق الحد الذي يسقط بها في الثبوب فبطل قياس النكاح بالحد في اشتراط الذكورة لثبوته ألا ترى توضيحا لقوله النكاح من جنس ما يثبت بالشبهات والله أعلم.

[باب وجوه الانتقال]

(باب الانتقال) القسم الأول من الانتقال إنما يتحقق في الممانعة؛ لأن السائل لما منع وصف المجيب عن كونه علة لم يجد من إثباته بدليل آخر والثاني والثالث منه في القول بموجب العلة؛ لأنه لما سلم الحكم الذي رتبه." (١)

"وأما الحق القائم بنفسه فخمس المغانم والمعادن حق وجب لله تعالى ثابتا بنفسه بناء على أن الجهاد حقه فصار المصاب به له كله لكنه تعالى أوجب أربعة أخماسه للغانمين منة منه فلم يكن حقا لزمنا أداؤه طاعة له بل هو حق استبقاه لنفسه فتولى السلطان أخذه وقسمته ولهذا جوزنا صرف الخمس إلى من استحق أربعة أخماسه بخلاف الطاعات مثل الزكوات والصدقات فإنها لا ترد إلى الملاك بعد الأخذ منهم ولهذا حل الخمس لبني هاشم؛ لأنه على ما قلناه من التحقيق لم يصر من الأوساخ

ـــــــQمعنى القربة في صرفه إلى مصارف الزكاة التي هي عبادة والكافر ليس من أهله فلم يجب بحيث يصرف إلى الفقراء فإن قالا: يصرفه إلى المقاتلة فهو أداء حق آخر لما تبدل مستحقه؛ لأن العشر إنما عرف بوصف العبادة فإذا سلب عنه هذا المعنى لم يبق عشرا؛ لأن المشروع يعرف بوصفه وإذا سقط الأول ووجب الآخر كان الخراج به أولى من الغير تسمية كما في ابتداء المن عليهم بخلاف الخراج يبقى على المسلم؛ لأنه من أهل أن يؤخذ منه مئونة مالية بلا ثواب كنفقة دابته وما يجب صرفه إلى المقاتلة من

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ١٣٠/٤

الجعلات عند الحاجة.

ولأن استبقاءه بعد الوجوب كاستبقاء الآخرة باعتبار التمكن من الانتفاع ومال المسلم يصلح لذلك وقوله؛ لأن الكفر ينافي صفة القربة يصلح دليلا لكلا القولين يعني لما كان الكفر ينافي القربة من كل وجه لمنافاته حكمها وهو الثواب يجب الخراج الذي هو أخذ مؤنتي الأرض عند أبي حنيفة – رحمه الله – لتعذر إيجاب الآخر وعند أبي يوسف يجب التضعيف الذي هو في حكم الخراج وليس فيه معنى العبادة بوجه؛ لأن التغيير في المصير إلى التضعيف أقل منه في المصير إلى الخراج؛ لأن في الخراج تغيير الأصل والوصف جميعا وفي التضعيف تغيير الوصف لا غير وأما الإسلام فلا ينافي العقوبة من كل وجه أي لا ينافي ما هو عقوبة من كل وجه كالرجم والقصاص فلا ينافي المئونة التي فيها معنى العقوبة بالطريق الأولى أو معناه أن الإسلام ينافي العقوبة من وجه وهو أنه سبب في العز والكرامة كما قال تعالى {ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين} [المنافقون: ٨] فلا يصلح سببا للعقوبة التي هي ذل وهوان ولا ينافيها من وجه وهو أنه قد شرع في حق المسلم الحدود والقصاص وهي عقوبات محضة فيجوز أن يثبت في حقه ما هو مئونة فيه معنى العقوبة وإذا كان كذلك قلنا: لا يبتدأ الخراج على المسلم عملا بالوجه الأول ويجوز أن يبقى عليه عملا بالوجه الثاني فأما الكفر فينافى القربة من كل وجه فلا يمكن شروع العشر في حق الكافر ابتداء وبقاء وعن محمد – رحمه الله – روايتان في العشر الباقي على الكافر بعد تملكه للأرض العشرية ففي رواية السير يوضع موضع الصدقة؛ لأن حق الفقراء تعلق به فهو كتعلق حق المقاتلة بالأراضي الخراجية.

وفي رواية ابن سماعة عنه يوضع في بيت مال الخراج؛ لأنه إنما يصرف إلى الفقراء ما صار لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر لا يصلح لذلك فيوضع موضع الخراج كالمال الذي يأخذه العاشر من أهل الذمة والجواب يعني لأبي حنيفة عما ذكر أبو يوسف ومحمد – رحمهم الله – أن العشر غير مشروع في حق الكافر إلا بشرط التضعيف فلا يمكن إيجاب عشر واحد عليه فهذا رد لكلام محمد.

وقوله: لكن التضعيف إلى آخره رد لكلام أبي يوسف يعني أنه ضروري ثبت **على خلاف القياس** بإجماع الصحابة – رضي الله عنهم – في قوم بأعيانهم عند تعذر إيجاب الجزية والخراج عليهم خوفا من الفتنة فإنهم لما أبوا قبول الجزية والخراج ومالوا إلى التضعيف وقد كانوا ذوي سعة ومنعة حتى قيل: إنهم كانوا أربعين ألفا وكانوا قريبا من أرض الروم قبلوا ذلك منهم خوفا من التحاقهم بالروم وصيرورتهم حربا على المسلمين فأما غيرهم من الكفار فليسوا بمنزلتهم لإمكان أخذ الجزية والخراج منهم فلا يصار إلى التضعيف

في حقهم مع إمكان إيجاب الأصل وهو الخراج فثبت أن الصحيح ما قال أبو حنيفة – رحمه الله –.

قوله (وأما الحق القائم بنفسه) أي الحق الثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة العبد ومن غير أن." (١)

"والرق لا يؤثر في عصمة الدم وإنما يؤثر في قيمته وإنما العصمة بالإيمان ودار الإيمان والعبد فيه مثل الحر ولذلك قتل الحر بالعبد قصاصا.

وأوجب الرق نقصا في الجهاد لما قلنا في الحج أن الاستطاعة للجهاد والحج غير مستثناة على الولي

ـــــQيرتفع في العصمتين بالكفارة إن كان القتل خطأ وبالتوبة والاستغفار إن كان عمدا فالرق لا يؤثر في عصمة الدم مؤثمة كانت أو مقومة بالإسقاط والتنقيص وإنما في قيمة أي قيمة الدم جواب عما يقال كيف لا يؤثر الرق في عصمة الدم وقد انتقصت قيمته الواجبة بسبب العصمة بالرق فقال أثره في تنقيص القيمة لما بينا لا في العصمة لأن العصمة المؤثمة تثبت بالإيمان والمقومة تثبت بدار الإيمان أي بالإحراز بها والعبد فيه أي في كل واحد من الأمرين مثل الحر بلا نقصان أما في الإيمان فظاهر وأما في الإحراز بالدار فلأنه يتم بعد وجوده حقيقة بما يوجب القرار في هذه الدار بأن أسلم لو التزم عقد الذمة والرق مما يوجب ذلك لأن الإنسان بالرق يصير تبعا للمولى فإذا كان المولى محرزا بدار الإسلام يصير العبد محرزا بها أيضا كسائر أمواله ولذلك أي ولكون العبد مماثلا للحر في العصمة يقتل الحر بالعبد قصاصا عندنا.

وقال الشافعي – رحمه الله – لا يقتل الحر به لانتفاء المماثلة بينهما فيما يبتنى عليه القصاص وهو النفسية لأنها عبارة عن ذات موصوفة بأنواع الكرامات التي اختص بها وصارت بها أشرف من سائر الحيوان وقد تمكن في العبد معنى المالية التي تخل بتلك الكرامات فاختلت النفسية بمجاوزة المالية فكان العبد في مقابلة الحر دونه في النفسية فالحر نفيس من كل وجه والعبد نفس ومال فامتنع القصاص والدليل في انتقاص النفسية انتقاص البدل ولا يلزم عليه قتل الذكر بالأنثى مع أنها دون الذكر في استحقاق الكرامات ولهذا انتقص بدل دمها عن بدل دم الرجل لأن ذلك ثبت بالنص **على خلاف القياس** ولما ما ذكرنا أن نفس العبد معصومة على سبيل الكمال لمساواته الحر في سبب العصمة.

والدليل على كمال العصمة وجوب القصاص بقتله إذا كان القاتل عبدا ولو اختلت العصمة لما وجب

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/١٤١

القصاص بقتله أصلا لأن ذلك يوجب شبهة الإباحة ولا يجب القصاص مع الشبهة، ومجاورة المالية لا تخل بالنفسية والعصمة لأن الوصف الذي يبتنى عليه القصاص وتثبت لأجله العصمة كونه متحملا أمانة الله عز وجل إذ التحمل والأداء لا يمكن إلا بالبقاء والبقاء لا يتحقق بدون العصمة وهذا وصف أصلي لا ينفك عنه وما عداه من الحرية والمالكية والعقل صفات زائدة أثبتت لتكميل الوصف المطلوب ولا تعلق للقصاص بها وقد وجدت المساواة هاهنا في المعنى الأصلي يبتنى عليه القصاص وكانت العصمة لأجله فلا وجه لمنع القصاص فأما نقصان البدل فلنقصان الأوصاف الزائدة فهي معتبرة في تنقيص البدل وتكميله فأما حق القصاص فلا بدليل جريان القصاص بين الذكر والأنثى وثبوت التفاوت بينهما في البدل يوضحه أن العبد لو قتل عبدا ثم أعتق يستوفى القصاص منه ولو لم يتساوى الحر والعبد في المعنى الموجب للقصاص لمنع العتق عن الاستيفاء إذ المانع قبل الاستيفاء بمنزلة المانع حالة الوجوب.

قوله (وأوجب الرق نقصا في الجهاد) لا شبهة في أن الرق لا يوجب خللا في قوى البدن حسا لكن القدرة على نوعين قدرة بالمال وقدرة بالبدن والرق كما ينافي مالكية المال ينافي مالكية منافع البدن لأنها تبع للبدن لقيامها به والبدن ملك المولى وملك الأصل علة لملك التبع فكانت المنافع ملكا أيضا تبعا." (١)

"وعندهما هو جائز ولا يفيد الاختلاف وإن سكتا ولم يحضرهما شيء فهو جائز لازم بإجماع. وأما إذا تواضعا على الهزل في بعض البدل فإن اتفقا على البناء فعندهما الطلاق واقع والمال كله لازم؛ لأنهما جعلا المال لازما بطريق التبعية

ـــــــQفعبدي هذا الآخر حر إنه معلق بالمعارضة فكذلك هذا وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار فإذا بطل بحكم الخيار بطل كونه شرطا؛ لأن كونه شرطا بهذا الوصف وهو أنه تمليك مال كذا في شرح الجامع الصغير للمصنف - رحمه الله - وهو المراد من قوله لما عرف ثمة أي في الموضع الذي نص عليه فيه فكذلك هذا أي مثل الخيار الهزل يكون على الاختلاف لكنه أي لكن خيار الشرط غير مقدر بالثلاث في الخلع وأمثاله عنده حتى لو اشترطا الخيار أكثر من ثلاث جاز بخلاف البيع؛ لأن الشرط في باب الخلع على وفاق القياس إذ الطلاق من الإسقاطات وتعليقها بالشروط جائز مطلقا فلا يجب التقدير بمدة.

أما الشرط في البيع **فعلى خلاف القياس**؛ لأنه من الإثباتات وتعليقها بالشروط لا يجوز لكنه ثبت فيه

---

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/٣٠٠

بالنص مقدرا بالثلث فيجب اعتبار هذه المدة ويبطل اشتراط الخيار فيما وراء الثلاث عملا بالقياس كذا في بعض الشروح فعلى هذا لا يبطل خيار المرأة فيما نحن فيه بمضي الثلاث؛ لأن الهزل بمنزلة شرط الخيار مؤبدا فيكون لها خيار ثابت فيما فوق الثلاث كما هو ثابت لها في الثلاث فكان لها ولاية النقض والإثبات متى شاءت عند أبي حنيفة – رحمه الله – وعندهما يبطل الهزل ولقائل أن يقول ينبغي أن يكون الخيار مقدرا بالثلاث في الخلع وأمثاله؛ لأن ثبوته في جانب من وجب عليه المال باعتبار معنى المعاوضة لا باعتبار معنى الطلاق وإذا كان كذلك وجب أن يتقدر بالثلاث كما في حقيقة البيع ويمكن أن يجاب عنه بأن المال وإن كان مقصودا فيه بالنظر إلى العاقد لكنه تابع في الثبوت للطلاق الذي هو مقصود العقد كمال الثمن تابع في البيع وبالنظر المقصود يلزم أن لا يتقدر بالثلاث كما بينا وإن هزلا بالكل أي بأصل التصرف والبدل جميعا لكنهما أعرضا عن المواضعة وقع الطلاق ووجب المال بالإجماع أما عندهما فظاهر إذ الهزل لا يمنع من وقوع الطلاق ووجوب المال وأما عنده فكذلك لبطلان الهزل باتفاقهما على الإعراض عنه وإن اختلفا فالقول قول من يدعي الإعراض عند أبي حنيفة – رحمه الله – حتى لزم التصرف ووجب المال؛ لأنه جعل الهزل مؤثرا في أصل الطلاق بالمنع من الوقوع كما جعله مؤثرا في البيع ثم عند اختلاف المتعاقدين في البيع يعتبر قول من يدعي الإعراض ترجيحا للجد الذي هو أصل عنده على الهزل الذي هو خلاف الأصل وكذلك هاهنا وعندهما هو أي التصرف جائز أي لازم والمال واجب.

ولا يفيد الاختلاف أي اختلاف المتعاقدين في البناء على الهزل والإعراض عنه؛ لأن الهزل عندهما لا يؤثر في أصل التصرف ولا في المال في حال اتفاقهما على البناء ففي حال الاختلاف أولى وإن سكتا ولم يحضرهما شيء فالتصرف جائز لازم حتى وقع الطلاق ولزم المال بالإجماع لبطلان الهزل عندهما ولرجحان الجد عنده فصار الجواب في الفصلين واحدا وحصل الاتفاق على الجواب فيهما مع اختلاف التجرع.

قوله (فإن اتفقا على البناء فعندهما الطلاق واقع) ؛ لأن الهزل لا يؤثر فيه بالمنع عندهما مع أنهما جادان في أصل التصرف والمال كله لازم؛ لأن الهزل وإن كان مؤثرا في المال لكن المال ثابت في ضمن الخلع تبعا فلا يؤثر فيه الهزل إذ." (١)

"وثانيها قولهم العتق في الكتابة مضاف إلى التعليق فإن الكتابة الصحيحة اشتملت على تعليق ومعاوضة ولا بد فيها من ذكر التعليق فنقول كاتبتك على ألف فإن أديت فأنت حر وفي الفاسدة لا بد من

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي علاء الدين البخاري ٤/٣٦٥

التعليق والتعليق لا فساد فيه وعلى هذا تمتنع المسائل التي لزمت من أحكام المعاوضات كقبول الفسخ ولزوم القيمة له واستتباع الاكساب والأولاد

وهذا الجواب أمثل من الأول إلا أن لقائل أن يقول العتق مضاف إلى المعاوضة لا إلى التعليق قولكم يشترط أن ينص على التعليق قلنا لا نسلم بل لو نواه بقوله كاتبتك على كذا صحت الكتابة أيضا وهذا واضح وأبلغ منه قول مخرج من التدبير أن لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعليق ونيته ونظيره قول إلى اسحاق إن كان الرجل فقيها صحت الكتابة والأفد به من التعليق أو نيته ثم كيف يشترط التنصيص على التعليق والعتق عند الأداء يحصل لا محالة بعقد المعاوضة وتسليم العوض يقتضي تسليم ما يقابله فلا يحتاج أن يشترطه في العقد ويصير بمثابة البيع لما اقتضى بنفسه الملك لم يحتج إلى أن يقول بعتك على أن تتسلم أو تتملك

وأما المسائل فلا منع فيها وإنما منع أصحابنا استتباع الكسب والولد فحسب وأما الفسخ فغير ممتنع وقيمة نفسه واجبة وذلك من أحكام العوض دون التعليق

وثالثهما قول بعضهم الكتابة في الأصل خارجة عن القياس فألحقنا فاسدها بصحيحها لأن ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه بخلاف البيع وهذا كلام رديء فإن إلحاق فاسدها بصحيحها عين القياس ثم إنها وإن عدل بها عن القياس إلا أنه بعد ورود الشرع بها وصفت بالصحة فينبغي وصف فاسدها بالفساد وإذا ثبت فسادها والفاسد عند الشافعي مرادف للباطل وجب إلغاؤها وأن يكون لها حكم ألا ترى أن السلم والإجارة ثبتا على خلاف القياس لورودهما على معدوم ثم لما ثبت الصحيح منهما ونعت بالصحة يؤدي على الفاسد بالفساد حتى لا يثبت لفاسد كل منهما ما لصحيحه

والحق عندنا في الجواب رأي رابع فنقول الكتابة عقد إرفاق لا يقصد بها غير العتق وأن يخلص العبد من الرق فألفينا مضى الفساد ولم ننظر إليه." (١)

"هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس أو سقوط الحد عمن نكح أمة ووطئها. قلت: وقرب من هذا الخلاف يعني الروياني، وقد وقفت على كلامه في البحر، وعزا ذلك إلى القفال؛ فقال: قال القفال: عد أصحابنا مسائل ينقض الحكم فيها.

منها: حكم من قال أكثر اللعان يقوم مقام الكل وإن زوج الأمة لا يلاعن لنفي الولد، وأن لا قصاص بين

---

(١) الإبهاج في شرح المنهاج السبكي، تقي الدين ٣/١٠٠

الرجل والمرأة في الأطراف، وأن من تزوج بأمة ووطئها مع العلم بتحريمها لا بحد، وأن النكاح بغير ولي جائز والحكم شهادة الفاسق والحكم بجواز بيع أم الولد والحكم بأن لا تقبل شهادة القاذف [العاصي] ١ بعد التوبة؛ لأن الخطأ ظاهر في هذه المسائل بدليل قاطع ونص الشافعي رضي الله عنه على نقض الحكم في مسألة واحدة، وهي الحكم بصحة نكاح المفقود ومن أصحابنا من قال لا ينفذ حكمه في شيء من هذه المسائل؛ لأن الخطأ فيها ظهر بقياس الشبه، وهذا هو الصحيح والنص في مسألة المفقود غريب، ولعله ذكره تعليقا للقول فيه لا اعتقادا. انتهى.

كلام البحر ملخصا قال الرافعي:

ومنها: قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتنفيذ الذي يجوزه، وفي ذكاة الجنين قيل: إنه منقوض لظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها، وكذلك في القتل بالمثقل؛ لأنه **على خلاف القياس** الجلي في عصمة النفوس، وهذا ما أورده الإمام الغزالي وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولي وفي بيع أم الولد. وثبوت حرمة الرضاع بعد الحولين وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان ونكاح الشغار ونكاح المتعة، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف وبحرمان التوارث بين المسلم والكافر وترد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ومن الأصحاب من منع [البعض] ٢، وقال: هي مسائل اجتهادية والأدلة فيها متقاربة، قال القاضي الروياني وهو الصحيح، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد. انتهى كلام الرافعي [ملخصا.

وفي الروضة نظيره وأنت تراه لم يجزم بغير النقض بالحكم لنقض بالاستحسان الفاسد] ٣، ولا أدري ماذا يعني به فإن كل

---

١ سقط في "ب".

٢ في "ب" النقض.

٣ سقط في "ب".." (١)

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ١/٤١٢

"منها: تخالف المتبايعين والسعلة هالكة فجوزناه قياسا على القائمة مع أن فيه حديثا.

ومنعوه زاعمين أن الحديث إنما ورد في القائمة وأن التخالف من أصله **على خلاف القياس**، فيقتصر على مورد النص.

ومنها: تتحمل العاقلة ما دون أرش الموضحة؛ لأن المقادير متساوية بالنسبة إلى الجناية والنسبة إلى العاقلة بالتحكم بالتخصيص محال.

وعندهم لا يضرب على العاقلة لأن الضرب على العاقلة خارج عن القياس فلا يقاس عليه.

وقد ذكرنا في شرح المختصر مسألة العرايا فلا نعيدها.

ومن المسائل المختلف فيها بين أصحابنا المبنية على هذا الأصل أن من أفطر لإنقاذ مشرف على الهلاك بالغرق ونحوه ولم يمكنه تخليصه إلا بالفطر فالأصح أنه يلحق بالمرضع؛ لأنه قطر ارتفق به اثنان فكان كالحامل والمرضع.

والثاني: لا، لأن الفدية مع القضاء خلاف القياس فيقتصر على ما ورد.

ومنها: للمالك في الجيران في الزكاة صعود درجتين وأخذ جبرانين ونزول درجتين ودفع جبرانين بشرط تعذر درجة.

وقال ابن المنذر: لا تجوز الزيادة على جبران واحد كما ثبت في الحديث؛ فلا يتعداه فإنه خارج عن القياس.

ورد عليه الأصحاب بأن هذا في معنى الخارج مع اتفاقهم على أنه لا مدخل للجبران في البقر والغنم؛ لأنه إنما ورد في الإبل [وهو] ١ **على خلاف القياس**.

قالوا: فيقتصر فيه على مورد النص.

ومنها: قطع نبات الحرم إلا الأذخر لا يجوز والعلة في تجويز الأذخر حاجتهم لتسقيف بيوتهم وقبورهم؛ فلو احتيج إلى قطع غير الأذخر للدواء قال الرافعي: فوجهان ورجح الجواز.

---

١ سقط في "أ" والمثبت من "ب".." (١)

"إمامة أبي بكر قياسا على تقديمه في الصلاة. والثاني: أنه جائز ولكنه غير واقع. والثالث: إن كان القياس جليا جاز وإلا فلا. والرابع: ممتنع مطلقا، واقتصر المصنف على ذكر الخلاف في الجواز واختاره

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي السبكي، تاج الدين ١٨١/٢

أنه يجوز مطلقا، واستدل عليه بأن الأمارة مبدأ الحكم الشرعي، أي: طريق إليه فجاز أن تكون سندا للإجماع بالقياس على الدليل، واستدل المانعون بوجهين أحدهما: أن الإجماع منعقد على أنه يجوز للمجتهد مخالفة الأمارة، فلو صدر الإجماع عنها لكان يلزم جواز مخالفته؛ لأن مخالفة الأصل تقتضي مخالفة الفرع، لكن مخالفة الإجماع ممتنعة اتفاقا كما مر. وأجاب المصنف بأنه إنما يجوز مخالفة الأمارة قبل الإجماع على حكمها، وأما إذا اقترن بها الإجماع فلا لاعتضادها به. الثاني: أن العلماء مختلفون في الاحتجاج بالقياس، وذلك مانع من انعقاد الإجماع عنها؛ لأن من لا يعتقد حجيتها من المجتهدين لا يوافق القائل بحجيتها، وجوابه أن ذلك منقوض بالعموم وخبر الواحد، فإن الخلاف قد وقع في حجيتها كما تقدم في موضعه مع جواز صدور الإجماع عن كل منهما اتفاقا. الفرع الثاني: الإجماع الموافق لمقتضى حديث لا يجب أن يكون صادرا عنه؛ لأنه يجوز اجتماع دليلين على المدلول الواحد. وحينئذ فيجوز أن يكون سند الإجماع دليلا غير ذلك الحديث. وقال أبو عبد الله البصري: يجب استناده إليه، ونقله ابن برهان في الأوسط عن الشافعي؛ لأنه لا بد له من سند كما تقدم، وقد تيقنا صلاحية هذا له، والأصل عدم غيره. وقال القاضي عبد الوهاب المالكي في ملخصه: إن كان الخبر متواترا، فلا خلاف في وجوب استناده إليه، وإن كان الآحاد، فإن علمنا ظهور الخبر بينهم وأنهم عملوا بموجبه لأجله فلا كلام، وإن علمنا ظهوره بينهم وأنهم عملوا بموجبه ولكن لم نعلم أنهم عملوا لأجله، ففيه ثلاثة مذاهب ثالثها: إن كان **على خلاف القياس** فهو مستندهم وإلا فلا، وإن لم يكن ظاهرا بينهم لكن عملوا بما يتضمنه فلا يدل على أنهم عملوا من أجله، وهل يكون إجماعهم على موجبه دليلا على صحته؟ فيه خلاف، منهم من قال: لا يدل كما أن حكم الحاكم لا يدل على صدق الشهود، والصحيح دلالته عليه لأن السمع دل على عصمتهم، بخلاف الشهود. قال: "الثالثة: لا يشترط انقراض المجتمعين؛ لأن الدليل قام بدونه قيل: وافق علي الصحابة -رضي الله عنهم- في منع بيع أم الولد ثم رجع، ورد بالمنع. الرابعة: لا يشترط التواتر في نقله كالسنة. الخامسة: إذا عارضه نص، أول القابل له وإلا تساقطا". أقول: هل يشترط في انعقاد الإجماع موت المجتمعين أم لا؟ اختلفوا فيه فقال الإمام وأتباعه وابن الحاجب: لا يشترط وقال الإمام أحمد وابن فورك: يشترط، وفصل الآمدي بين الإجماع السكوتي وغيره على ما تقدم إيضاحه هناك. وقال إمام الحرمين: إن قطعوا بالحكم فلا اشتراط، وإن لم يقطعوا به بل أسندوه إلى الظن فلا بد من تطاول الزمان، سواء ماتوا أم لا. واستدل

المصنف على عدم الاشتراط بأن الدليل الدال على كون الإجماع حجة ليس فيه تعرض للتقييد بانقراضهم فيبقى على إطلاقهم،." (١)

"لا يقدح في كون العام حجة، فكذا النقض لا يقدح في كون الوصف علة، والجامع بينهما هو الجمع بين الدليلين المتعارضين، فإن مقتضى العلة ثبوت الحكم في جميع مجالها، ومقتضى المانع عدم ثبوته في بعض تلك الصور، فيجمع بينهما بأن ترتيب الحكم على العلية فيما عدا صورة وجود المانع، كما أن مقتضى العام ثبوت حكمه في جميع أفراده، ومقتضى المخصوص عدم ثبوته في بعضها، وقد جمعنا بينهما فالنقض للمانع المعارض العلة كالتخصيص للمخصص والمعارض للعام. الدليل الثاني: أن ظن العلة باق إذا كان التخلف المانع؛ لأن التخلف والحالة هذه يسنده العقل إلى المانع لا العدم المقتضي، بخلاف التخلف لا المانع، فإن العقل يسنده إلى العدم المقتضي؛ لأن انتفاء الحكم إما لانتفاء العلة أو لوجود المانع. والثاني: منتف فتعين الأول، وحينئذ فيزول ظن العلية، وإذا بقي الظن بعلية الوصف مع النقض لمانع لم يكن قادحا بخلاف ما إذا انتفى لأن المراد بالعلية هو الظن بها. قوله: "قيل: العلة" أي: احتج القائلون بأن النقض يقدح مطلقا بأن العلة هو ما يستلزم الحكم، والوصف مع وجود المانع لا يستلزمه فلا يكون علة، وحينئذ فيكون النقض مع المانع قادحا، وإذا قدح مع المانع قدح مع عدمه بطريق الأول، وعبر المصنف عن حالة وجود المانع بقوله: وقيل: انتفاء المانع، وهي عبارة ركيكة، وأجاب المصنف بأنا لا نسلم أن العلة هو ما يستلزم الحكم، بل العلة عندنا هو ما يغلب على الظن وجود الحكم بمجرد النظر إليه، وإن لم يخطر بالبال وجود المانع أو عدمه. قوله: "والوارد ... إلخ" يعني: أن ما تقدم جميعا فمحله فيما إذا لم يكن النقض الوارد بطريق الاستثناء، فإن كان مستثنى أي: ناقضا لجميع العلل، واردا **على خلاف القياس**، لازما لجميع المذاهب فإنه لا يقدح، كما جزم به المصنف، وقال في الحاصل: إنه الأصح ونقله في المحصول عن قوم، ولم يصرح بمخالفتهم ولا موافقتهم، ومثال ذلك العرايا وهو بيع الرطب على رءوس النخل بالتمر فإنها ناقضة لعلة تحريم الربا قطعا؛ لأن الإجماع منعقد على أن العلة في تحريمه، إما الطعم أو الكيل أو القوت أو المال، وكل منها موجود في العرايا، ثم استدل المصنف على كونه لا يقدح بأن النقض وإن دل على الوصف المنقوض بعلة، لكن الإجماع منعقد على كونه علة، ودلالة الإجماع على العلية أقوى من دلالة النقض على عدم العلية؛ لكون الإجماع قطعيا، فلذلك لم يقدح له الإمام أيضا بضرب

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول الإسنوي ص/٣٠٠

الدية على العاقبة فإنه ناقض لعلة عدم المؤاخذة وهو عدم الجناية وفيه نظر، فإن هذا من باب العكس، وهو إبداء الحكم بدون العلة لأن الجناية علة لوجوب الضمان؛ فلذلك اختار المصنف التمثيل بالعراة وادعى إمام الحرمين في البرهان أن الصورة المستثناة لا تكون معقولة المعنى، وخالفه، واختلف الأصوليون في أنه هل يجب على المستدل أن يتحرز في دليله على النقض في المستثنى؟ على مذهبين حكاهما في المحصول من غير ترجيح، وحكى ابن الحاجب في الاحتراز عن النقض." (١)

"الثمن لا على البيع (وأما خيار الشرط فلأن البيع لا يحتمل الحظر، وإنما يثبت الخيار بخلاف القياس فدخوله على الحكم دون السبب أسهل من دخوله عليهما، وأما الطلاق، والعتاق فيحتملان الحظر) أي الشرط، والبيع لا يحتمله؛ لأنه يصير بالشرط قمارا فشرط الخيار شرط مع المنافي فإن كان داخلا على السبب يكون داخلا على السبب والحكم معا فدخوله على الحكم فقط أسهل من دخوله عليهما فأما الطلاق، والعتاق فيحتملان الشرط، والأصل أن يدخل التعليق في السبب كي لا يتخلف الحكم عن السبب، ولا مانع من دخوله على السبب فيدخل عليه بخلاف البيع

(الباب الثاني في إفادة الحكم الشرعي) أي في إفادة اللفظ الحكم الشرعي كالوجوب والحرمة ونحوهما (اللفظ المفيد له) إما خبر إن احتمل الصدق، والكذب (من حيث هو) أي مع قطع النظر عن العوارض ككونه خبر مخبر صادق (أو إنشاء) إن لم يحتمل (وأخبار الشارع) كقوله تعالى {والوالدات يرضعن أولادهن} [البقرة: ٢٣٣] (آكد) أي من الإنشاء (لأنه أدل على الوجود) اعلم أن إخبار الشارع يراد به الأمر مجازا، وإنما عدل عن الأمر إلى الإخبار؛ لأن المخبر به إن لم يوجد في الأخبار يلزم كذب الشارع، والمأمور به إن لم يوجد في الأمر لا يلزم ذلك فإذا أريد المبالغة في وجود المأمور به عدل إلى لفظ الإخبار مجازا (وأما الإنشاء فالمعتبر من أقسامه هاهنا الأمر والنهي، فالأمر، قول القائل

ـــــــQجازت النيابة في المالية لحصول المقصود، وهو المشقة، ومخالفة هوى النفس بخلافه في البدنية، وسيجيء في باب الأمر أن الوجوب ينفصل عن وجوب الأداء في البدنية، وإنما قال: في حقوق الله تعالى؛ لأن المال هو المقصود في حقوق العباد إذ به ينتفع الإنسان، ويندفع الخسران.

(قوله وتبين الفرق) لما جعل الشافعي – رحمه الله تعالى – التعليق بالشرط بمنزلة التأجيل، وشرط الخيار

---

(١) نهاية السول شرح منهاج الوصول الإسنوي ص/٣٣٨

في أنه لا يمنع السبب عن (الانعقاد) وإنما يؤخر الحكم فقط أشار إلى الفرق بأن التأجيل إنما دخل على الثمن فيفيد تأخير لزوم المطالبة، ولا معنى لمنعه السبب عن الانعقاد والملك عن الثبوت إذ لا جهة لتأثير الشيء فيما لم يدخل فيه، وشرط الخيار دخل في الحكم فقط؛ لأنه ثبت **على خلاف القياس** لضرورة دفع الغبن، والضرورة تندفع بدخوله في مجرد الحكم بأن ينعقد السبب ويتأخر الحكم لحصول المقصود بذلك حيث يمكن لصاحب الخيار فسخ البيع بدون رضا صاحبه، ولا يجوز ذلك في السبب؛ لأن دخوله على السبب دخول على الحكم وتأخير له ضرورة أنه تابع للمسبب ثابت به، وأما الطلاق والعتاق فهما من الإسقاطات دون الإثباتات فيحتملان الشرط فيعمل بالأصل، وهو أن يدخل التعليق على السبب لئلا يلزم تأخير الحكم عن سببه، وأن يحمل الشيء على كماله، وكمال التعليق أن يدخل على السبب إذ لا ضرورة هنا في الاقتصار على مجرد الحكم وحمل." (١)

"أثر الجرح فهذا منع لقوله إن القتل أتم أثر القطع (وإنما لا يجب) أي القصاص جواب عن قوله فصار كما إذا قتله بضربات (بتلك الضربات إذ لا قصاص فيها، وإذا انقطع المثل يجب القيمة يوم الخصومة؛ لأنه حينئذ تحقق العجز عن الكامل بالقضاء) أي قضاء القاضي، وهذا عند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى –، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم الانقطاع.

(والقضاء بمثل غير معقول كالنفس تضمن بالمال المتقوم فلا يجب عند احتمال المثال المعقول صورة، ومعنى، وهو القصاص خلافا للشافعي – رحمه الله –) فإن عنده ولي الجناية مخير بين القصاص، وأخذ الدية (وإنما شرع) أي المال (عند عدم احتماله) أي القصاص (منه على القاتل بأن سلم نفسه، وعلى القتيل بأن لم يهدر حقه بالكلية، وما لا يعقل له مثل لا يقضى إلا بنص) قد ذكر هذه المسألة في حقوق الله تعالى فالآن نذكرها في حقوق العباد لنفرع عليها فروعها.

(فلا يضمن المنافع بالمال المتقوم؛ لأنها غير متقومة إذ لا تقوم بلا إحراز، ولا إحراز بلا بقاء، ولا بقاء للأعراض فإن قيل: فكيف يرد العقد

ـــــQلا بنفس الأموال.

(قوله تقومها في العقد ثبت بالرضى) منع لقوله ما ليس بمتقوم في نفسه لا يصير بورود العقد متقوما فإن

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ١/٢٨٦

قلت فيه تسليم لعدم صيرورته متقوما بالعقد بل بالرضى قلت لما اشتمل العقد على الرضى كان التقوم بالرضى تقوما بالعقد؛ لأن تأثير الشيء في الشيء يجوز أن يكون بأحد أجزائه أو لوازمه (قوله: فلا يقاس عليه) أي لا يصح إثبات المقدمة القائلة بتقوم المنافع في الغصب بالقياس على تقومها في العقد، ولا إثبات أصل المدعى، وهو مقابلة المنافع في الغصب بالمال المتقوم بالقياس على مقابلتها به في العقد، أما الأول؛ فلأن الحكم في الأصل ثبت بالنص **على خلاف القياس** لانتفاء الإحراز فلا يصح مقيسا عليه، وأما الثاني فلوجود الفارق، وهو الرضى فإن له أثرا في إيجاب المال في مقابلة ما ليس بمال كما في الصلح عن دم العمد لا يقال: كل من المانعين موجود في كل من القياسين فما وجه تخصيص إبطال الأول بكون الأصل **على خلاف القياس**، وإبطال الثاني بوجود الفارق؛ لأنا نقول: الثابت **على خلاف القياس** هو تقوم ما ليس بمحرز لا مقابلة غير المال بالمال لتحقق الانتفاع المقصود، وقضاء الحوائج في كل منهما، والرضى إنما يؤثر في صحة استبدال ما ليس بمال بالمال لا في جعل ما ليس بمتقوم متقوما فيختص كل من القياسين بمانع.

(قوله هو) أي استيفاء القصاص معنى لا يعقل له مثل، والمال ليس مثلا له صورة، وهو ظاهر، ولا معنى؛ لأن في استيفاء القصاص معنى الإحياء لما فيه من دفع شر القاتل، ودفع هلاك أولياء المقتول على يده بناء على قيام العداوة، وفي حياة أولياء المقتول، وأبنائه حياة للمقتول، وبقاء لذكره." (١)

"عليها) أي إن لم تكن المنافع متقومة فكيف يرد عقد الإجارة على المنافع؟ (قلنا بإقامة العين مقامها فإن قيل: هي في العقد متقومة) أي المنافع في العقد مال متقوم لتقومها في عقد النكاح (لأن ابتغاء البضع) ، وهو النكاح (لا يجوز إلا به) أي بالمال المتقوم قال الله تعالى {أن تبتغوا بأموالكم} [النساء: ٢٤] (ويجوز) أي ابتغاء البضع (بمنفعة الإجارة) فتكون منفعة الإجارة في عقد النكاح مالا متقوما (فتكون في نفسها كذلك) أي لما كانت المنافع في العقد متقومة كانت في نفسها متقومة (لأن ما ليس بمتقوم لا يصير بورود العقد متقوما؛ ولأن تقومها ليس لاحتياج العقد إليه) هذا دليل آخر على قوله فتكون في نفسها كذلك (لأن العقد قد يصح بدونه كالخلع) فإن منافع البضع غير متقومة في حال الخروج عن العقد، وإن كانت متقومة في حال الدخول في العقد فمع أنها غير متقومة حال الخروج يصح مقابلتها بالمال في العقد، وهو عقد الخلع فعلم أن العقد لا يحتاج إلى تقومها فتقومها في العقد ليس لضرورة العقد، ولما

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ١/٣٢٨

ثبت تقومها في العقد تكون في نفسها متقومة (قلنا تقومها في العقد ثبت بالرضا) هذا منع لقوله إن ما ليس بمتقوم لا يصير بورود العقد متقوما بل يصير في العقد متقوما بالرضا (بخلاف

ـــــــQوهذا المعنى لا يوجد في المال، وإنما ثبت في الخطأ **على خلاف القياس** ضرورة صيانة الدم المعصوم عن الهدر بالكلية

[القضاء الشبيه بالأداء]

(قوله: والقضاء الشبيه بالأداء) كتسليم القيمة فيما إذا تزوج رجل امرأة على عبد غير معين فإن الحيوان يثبت في الذمة كالإبل في الدية، والغرة في الجنين، وهذا جهالة في الوصف لا في الجنس كما في تسمية ثوب أو دابة فيحتمل فيما يبنى على المسامحة كالنكاح، وإن لم يحتمل في البيع فتسليم عبد وسط أداء، وتسليم قيمته قضاء حقيقة لكونها مثل الواجب لا عينه لكنه يشبه الأداء لما في القيمة من جهة الأصالة بناء على أن العبد بجهالة، وصفة لا يمكن أداؤه إلا بتعيينه، ولا تعيين إلا بالتقوم فصارت القيمة أصلا يرجع إليه، ويعتبر مقدما على العبد حتى إن كان العبد خلفا عنه فإن قيل فينبغي أن تتعين القيمة ولا يخير الزوج بين أداء العبد والقيمة فجوابه أن العبد معلوم الجنس مجهول الوصف فبالنظر إلى الأول يجب هو كما لو أمهر عبدا بعينه، وبالنظر إلى الثاني تجب القيمة كما لو أمهر عبد غيره فصار الواجب بالعقد كأنه أحد الشيئين فيخير الزوج إذ التسليم عليه لا على المرأة فأيهما أدى تجبر المرأة على القبول.

فظهر بما ذكرنا أن قوله وأيضا الواجب من الأصل الوسط، وذا يتوقف على القيمة فصارت أصلا من وجه لا يصلح وجها برأسه في أصالة القيمة بل هو توضيح، وتتميم لما سبق على ما قررنا إذ بمجرد العجز عن الأصل، وهو العبد لا يتحقق أصالة البدل، وهو القيمة لجريانه في جميع صور القضاء فإنه لا يكون إلا عند تعذر الأداء

[فصل لا بد للمأمور به من الحسن]

(قوله: فصل) من قضايا الشرع أنه لا بد للمأمور به من الحسن؛ لأن الشارع حكيم لا يأمر بالفحشاء، وأما من حيث اللغة فلا امتناع." (١)

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٣٢٩/١

"الرخصة فصار كالصحيح.
(وقال زفر) هذه مسألة ابتدائية لا تعلق لها بالمريض والمسافر، وهي أنه (لما صار الوقت متعينا له فكل إمساك يقع فيه يكون مستحقا على الفاعل) .
أي يكون حقا مستحقا لله تعالى على الفاعل كالأجير الخاص، فإن منافعه حق المستأجر.
(فيقع الفرض وإن لم ينو كهبة كل النصاب من الفقير بغير النية قلنا هذا يكون جبرا، والشرع عين الإمساك الذي هو قربة لهذا) أي لصوم رمضان.
(ولا قربة بدون القصد، وقال الشافعي - رحمه الله تعالى - لما كان منافعه على ملكه) لا أن منافعه صارت حقا لله جبرا لا بد من التعيين لئلا يصير جبرا في صفة العبادة قلنا نعم لكن الإطلاق في المتعين تعيين هذا قول بموجب العلة أي تسليم دليل المعلل مع بقاء الخلاف على ما يأتي فحاصله أنا نسلم أن التعيين واجب لكن نقول الإطلاق في المتعين تعيين، فإنه إذا كان في الدار زيد وحده فقال آخر يا إنسان فالمراد به زيد.
(ولا يضر الخطأ في الوصف) بأن نوى النفل أو واجبا آخر وهو صحيح مقيم (لأن الوصف لم يكن مشروعا يبطل فبقي الإطلاق وهو تعيين وقال) أي الشافعي - رحمه الله تعالى - (لما وجب التعيين وجب
ـــــQإمساكه الذي يكون قربة؛ لأن يكون صوم رمضان لا صوما آخر، والإمساك بوصف القربة لا يتحقق بدون النية إذ لا قربة بدون القصد فإن قيل: فإذا كانت المنافع على ملك العبد غير مستحقة عليه فلم لم يجز صرفها إلى صوم آخر قلنا لعدم مشروعية صوم آخر في ذلك الوقت كما في الليل مع القطع بأنه لا استحقاق فيه أصلا فظهر بما ذكرنا أن الاعتراض بأن الإمساك اختياري لا جبري إنما ينشأ من عدم تحقيق معنى الكلام، وأما هبة النصاب فإنما صارت زكاة من جهة أنها عبادة تصلح أن تكون مجازا من الصدقة بناء على أن المبتغى بها وجه الله تعالى لا عوض من الفقير، وذكر الإمام السرخسي - رحمه الله تعالى - أن م ع ن ى القصد حصل باختيار المحل، ومعنى القربة بحاجة المحل لحصول الثواب بمجرد الهبة من الفقير، ولهذا لا يملك الرجوع.
(قوله وقال الشافعي - رحمه الله تعالى -) لما كانت منافع العبد على ملكه من غير أن تصير مستحقة لله تعالى على العبد لزم تعيين نية الفرض لئلا يلزم الجبن في صفة العبادة بأن يكون إمساكه على قصد القربة للعبادة المفروضة شاء العبد أو أبى، وتحقيق ذلك أن وصف العبادة أيضا عبادة، ولهذا يختلف ثوابا فكما لا بد لصيرورة الفعل قربة من النية كذلك لا بد لصيرورة القربة فرضا أو نفلا منها احترازا عن الجبر، وتعيين

المحل إنما يكفي للتمييز لا لنفي الجبر وإثبات القصد، وأما تأدي فرض الحج بدون التعيين فإنما ثبت **على خلاف القياس**، فعلى هذا لا يتأدى فرض الصوم بنية التطوع أو واجب آخر أو مطلق النية، ولو في الصحيح المقيم، والجواب أنا نسلم وجوب التعيين إلا أنا لا نسلم أنه لا يحصل التعيين بإطلاق النية، فإن الإطلاق في المتعين تعيين كما إذا كان في الدار زيد." (١)

"أن لا تثبت العقوبات كالحدود والقصاص بالبينة؛ لأنها خبر الواحد فإن كل ما دون التواتر خبر الواحد فتكون البينة دليلا فيه شبهة والحد يندرئ بها لكن إنما تثبت العقوبات بالبينة بالنص **على خلاف القياس**، فلا يقاس ثبوتها بحديث يرويه الواحد على ثبوتها بالبينة.

(وأما حقوق العباد فتثبت بحديث يرويه الواحد بالشرائط المذكورة، وأما ثبوتها بخبر يكون في معنى الشهادة فما كان فيه إلزام محض لا يثبت إلا بلفظ الشهادة والولاية) ، فلا تقبل شهادة الصبي والعبد (والعدد عند الإمكان) حتى لا يشترط العدد في كل موضع لا يمكن فيه العدد عرفا كشهادة القابلة (مع سائر شرائط الرواية صيانة لحقوق العباد؛ ولأن فيه معنى الإلزام فيحتاج إلى زيادة توكيد، والشهادة بهلال الفطر من هذا القسم) أي: له حكم هذا القسم لما فيه من خوف التزوير والتلبيس (وما ليس في الإلزام كالوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا، وما أشبه ذلك كالودائع والأمانات تثبت بأخبار الواحد بشرط التمييز دون العدالة فيقبل فيها خبر الفاسق والصبي والكافر؛ لأنه لا إلزام فيه وللضرورة اللازمة هنا) .

فإن في اشتراط العدالة في هذه الأمور غاية الحرج على أن المتعارف بعث الصبيان والعبيد بهذه الأشغال. والعدول الثقات لا ينتصبون دائما للمعاملات الخسيسة لا سيما؛ لأجل

ـــــــQحجة على الإطلاق بالدلائل القطعية، وإنما لم يثبت بالقياس ومع الأدلة القطعية على كونه حجة؛ لأن الحدود تجب مقدرة بالجنايات، ولا مدخل للرأي في إثبات ذلك.

(قوله: مع سائر شرائط الرواية) يخرج الفاسق، والمغفل ونحو ذلك، وقيد الولاية يخرج العبد، ومثل الصبي يخرج بكل من القيدين بعد تفرد كل منهما بفائدة.

(قوله: صيانة لحقوق العباد) يعني تشترط الأمور المذكورة لئلا تثبت الحقوق المعصومة بمجرد إخبار عدل أو هو تعليل لثبوت حقوق العباد بخبر يكون في معنى الشهادة.

(قوله: ولأن فيه معنى الإلزام) تعليل لاشتراط الأمور المذكورة فإن قوله لا يثبت إلا بكذا يتضمن الأمرين

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ١/٤٠٣

جميعا.

(قوله: فيحتاج إلى زيادة توكيد) أما لفظة الشهادة فلأنها تنبئ عن كمال العلم؛ لأن المشاهدة هي المعاينة، والعلم شرط في الشهادة لقوله: – عليه الصلاة والسلام – «إذا علمت مثل الشمس فاشهد، وإلا فدع» ، وأما الولاية فلأنها تتضمن كون المخبر حرا عاقلا بالغا يتمكن من تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى وذلك من أمارات الصدق، وأما العدد فلأن اطمئنان القلب بقول الاثنين أكثر منه بقول الواحد؛ ولأن الشاهد الواحد يعارضه البراءة الأصلية فيترجح جانب الصدق بانضمام شاهد آخر إليه.

(قوله: والشهادة بهلال الفطر) يشترط لها لفظ الشهادة، والولاية، والعدد، وإن لم يكن من إثبات الحقوق، التي فيها معنى الإلزام؛ لأن الفطر مما يخاف فيه." (١)

"باعتبار الوصف (ومؤنة فيها عبادة كالعشر فلا يبتدأ على الكافر لكن يبقى عند محمد كالخراج على السلم وعند أبي يوسف يضاعف؛ لأن فيه) أي في العشر (معنى العبادة، والكفر ينافيها من كل وجه فأما الإسلام فلا ينافي العقوبة من كل وجه فيضاعف) أي العشر (إذ هي) أي المضاعفة (أسهل من الإبطال أصلا) اعلم أن محمدا قاس إبقاء العشر على الكافر على إبقاء الخراج على المسلم فقال أبو يوسف – رحمه الله تعالى – إن في العشر معنى العبادة والكفر ينافيها بالكلية فيجب تغيير العشر أما الخراج فإن فيه معنى العقوبة، والإسلام لا ينافي العقوبة من كل وجه فيبقى الخراج على المسلم قوله فيضاعف كلمة التعقيب، وهي الفاء ترجع إلى قوله، والكفر ينافيها فلا بد من تغيير العشر، والمضاعفة أسهل

ـــــــQووضع الخراج لما فيه من تغيير الأصل، والوصف جميعا، والتضعيف في حق الكافر مشروع في الجملة كصدقات بني تغلب، وما يمر به الذمي على العاشر لا يقال فيه تضعيف للقربة، والكفر ينافيها لأنا نقول: بعد التضعيف صار في حكم الخراج الذي هو من خواص الكفارة، وخلا عن وصف القربة، وعند أبي حنيفة – رحمه الله تعالى – ينقلب العشر خراجا لأن العشر لم يشرع إلا بوصف القربة، والكفر ينافيه فيسقط بسقوطه، والتضعيف أمر ثبت بالإجماع **على خلاف القياس** في قوم معينين تعذر إيجاب الجزية أو الخراج عليهم خوفا من الفتنة لكثرتهم، وقربهم من الروم فلا يصار إليه مع إمكان ما هو أصل في الكافر، وهو الخراج.

(قوله: وحق قائم بنفسه) أي ثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة عبد يؤديه بطريق الطاعة كخمس الغنائم

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٢١/٢

والمعادن فإن الجهاد حق الله تعالى إعزازا لدينه، وإعلاء لكلمته فالمصاب به كله حق الله تعالى إلا أنه جعل أربعة أخماس للغانمين امتنانا واستبقى الخمس حقا له لا حقا لزمنا أداؤه طاعة، وكذا المعادن، ولهذا جاز صرف خمس المغنم إلى الغانمين، وإلى آبائهم، وأولادهم وخمس المعدن إلى الواجد عند الحاجة.

(قوله: وقاصرة كحرمان الميراث) فإنه حق الله تعالى إذ لا نفع فيه للمقتول ثم إنه عقوبة للقاتل لكونه غرما لحقه بجنايته حيث حرم مع علة الاستحقاق، وهي القرابة لكنها قاصرة من جهة أن القائل لم يلحقه ألم في بدنه ولا نقصان في ماله بل امتنع ثبوت ملكه في تركة المقتول، ولما كان الحرمان عقوبة، وجزاء للقتل أي لمباشرة الفعل نفسه بأن يتصل فعله بالمقتول، ويحصل أثره بناء على أن الشارع رتب الحكم على الفعل حيث قال: لا ميراث للقاتل لم يثبت في حق الصبي إذا قتل مورثه عمدا أو خطأ لأن فعله لا يوصف بالحظر، والتقصير لعدم الخطاب، والجزاء يستدعي ارتكاب محظور، ولا في القتل بالسبب بأن حفر بئرا في غير." (١)

"في الثلثين (والقياس في الوصية البطلان لكن الشرع جوزها نظرا له) أي: للمريض (ليتدارك بتقصيرات أيام حياته في القليل ليعلم أن الحجر، وترك إيثار الأجنبي على الوارث أصل ولما أبطل الشرع الوصية للوارث إذ تولى بنفسه) اعلم أنه تعالى فرض أولا الوصية للوارث بقوله تعالى {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف} [البقرة: ١٨٠] ثم تولى بنفسه حيث قال {يوصيكم الله} [النساء: ١١] فنسخ الأول (بطلت) أي: الوصية للوارث (صورة) بأن يبيع المريض عينا من التركة من الوارث بمثل القيمة؛ لأنه وصية بصورة العين لا بمعناه (ومعنى) بأن يقر لأحد من الورثة فإنه وصية معنى (وحقيقة) بأن أوصى لأحد الورثة (وشبهة) بأن باع الجيد من الأموال الربوية برديء منها

ــــــQوالأنجاس، وللصوم **على خلاف القياس** لتأديه مع الحدث، والنجاسة، ثم في قضاء الصلاة حرج لدخولها في حد الكثرة فسقط وجوبها حتى لم يجب قضاؤها، ولا حرج في قضاء الصوم؛ لأن الحيض لا يستوعب الشهر، والنفاس يندر فيه فلم يسقط إلا وجوب أدائه، ولزوم القضاء، وقد سبق ذلك في بحث الوقت

[المرض]

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٢/٣٠٤

. (قوله: ومنها المرض) يعني: غير ما سبق من الجنون، والإغماء. (قوله: مستندا إلى أوله) أي: حال كون الحجر مستندا إلى أول المرض؛ لأن سبب الحجر مرض مميت، وسبب الموت هو المرض عن أصله؛ لأنه يحصل بضعف القوى، وترادف الآلام. (قوله: وما لا يحتمله) أي: الفسخ كالإعتاق الواقع على حق الغريم بأن يعتق المريض عبدا من ماله المستغرق بالدين أو على حق الوارث بأن يعتق عبدا تزيد قيمته على ثلث ماله.

(قوله: نظرا له، وليعلم كلاهما) متعلق بقوله، جوزها إلا أن الأول تعليل لتجويز الوصية، والثاني لتقييده بالقليل، وهذا ما قال فخر الإسلام - رحمه الله تعالى - لكن الشرع جوز ذلك نظرا له بقدر الثلث استخلاصا على الورثة بالقليل ليعلم أن الحجر والتهمة فيه أصل فقوله نظرا له علة للتجويز، وقوله استخلاصا أي: استيثارا من الوصي لنفسه على الورثة بالقليل علة لتقييد التجويز بقدر الثلث، وقوله ليعلم أن الحجر، والتهمة أي: تهمة إيثار الأجنبي على الأقارب باعتبار ضغينته له أصل في باب الإيصاء علة لتقييد الاستخلاص بالقليل.

(قوله: بأن يبيع) يعني: لو باع من أحد الورثة عينا من أعيان التركة بمثل القيمة كان وصية صورة حيث آثر الوارث بعين من أعيان ماله بمقابله لا معنى الاسترداد العوض منه فلا يجوز عند أبي حنيفة - رحمه الله تعالى -؛ لأن حق الورثة كما يتعلق بالمالية يتعلق بالعينية فيما بينهم وعندهما يجوز لعدم الإخلال بثلثي المال، وأما بيعه من الأجنبي، فيجوز اتفاقا إذ لا حجر للمريض من التصرف مع الأجنبي فيما لا يخل بالثلثين.

(قوله: ولا يجوز." (١)

"قد تكون بجواز الترك، وأن التكاليف كلها كذلك، لأنها على خلاف التخفيف الذي هو الأصل، كذا قاله القرافي، وفيه نظر، لأن التكاليف كلها بعض ما هو يستحق على العبد لله تعالى فهو ماش على الأصل. وقال القرافي: طلب الفعل السالم عن المانع المشتهر، واحترز بالمشتهر عن نحو ما تقدم، ثم أورد على نفسه العقود المخالفة للقياس كالسلم والمسابقة.

وقال الهندي: ما جاز فعله أو تركه مع قيام المانع منه، ويرد عليه كثير مما تقدم.

وقيل: ما لزم العباد بإيجابه تعالى وفيه نظر.

---

(١) شرح التلويح على التوضيح التفتازاني ٣٥٢/٢

وقيل: ما خرج عن الوضع الأصلي لعارض.

وقال ابن الحاجب: المشروع لعذر مع قيام المحرم لولا العذر، ويرد عليه التعبد بالتحريم.

وقيل: استباحة المحظور مع قيام المحرم، فإن أريد إباحة المحظور مع قيام المحرم بلا حرمة فهو قول بتخصيص العلة، وإن أريد إباحة المحظور مع قيام الحرمة، فهو قول بالجمع بين المتضادين، وكلاهما فاسد.

وقيل: الحكم مع المعارض أي مع قيام الدليل الدال على المنع.

وقيل: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر مع كونه حراما في حق غير المعذور، وهو المراد بقول الفقهاء ما ثبت **على خلاف القياس** أي الشرعي، لا القياس العقلي المصلحي، لأنه إنما عدل به عن نظائره لمصلحة راجحة. هذا في جانب الفعل، وفي جانب الترك أن يوسع للمكلف تركه." (١)

"أنه لا يتعين مدلوله عما كان لوروده ابتداء وصرح أبو الحسين بن القطان في "كتابه " بأنه لا فرق في الحظر بين العقلي والشرعي، والأول أظهر. وقال القاضي عبد الوهاب في الملخص ": للمسألة حالتان. إحداهما: أن يكون الفعل مباحا في أصله إما بحكم العقل على القول بأن الأصل في مجوزات العقول مباح، أو بتوقف من الشرع على ذلك ثم يرد حظر معلق بغاية أو شرط أو علة، فإذا ورد " افعل " بعد زوال ما علق الحظر به فإنه يفيد الإباحة ويرفع الحظر عند جمهور العلماء.

والثانية: أن يرد حظر مبتدأ غير معلل بعلة عارضة، ولا معلق بشرط، ولا غاية ثم يرد بعده صيغة الأمر فهذا موضع الخلاف، ومثله بالكتابة. قال: ويجوز رجوعها إلى الأول؛ لأن منع الكتابة إنما كان لدخولها في الغرر، وحظر الغرر مبتدأ.

الثاني: ليس المراد بالحظر في هذه المسألة أن يكون محرما فقط بل المراد ذلك، أو أنه كان من حقه التحريم فإن الشافعي - رضي الله عنه - مثلها بقوله تعالى: {فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا} [النور: ٣٣] وجواز الكتابة **على خلاف القياس**، ومثل ذلك الإجارة والمساقاة. الثالث: قال المازري: ترجمة المسألة بالأمر الوارد بعد الحظر للإباحة غير سديد؛ لأنه كالمتناقض؛ إذ المباح غير مأمور به، وهذه العبارة تقتضي كونه مأمورا به، والصواب: أن يقول: " افعل " إذا ورد بعد الحظر. وقال عبد الجليل الربعي في شرح اللامع

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٣٢/٢

": هذه العبارة رغب عنها القاضي، وقال: الأولى فيها أن يقال: " افعل " بعد الحظر؛ لأن " افعل " يكون أمرا تارة وغير أمر، والمباح لا يكون مأمورا به، وإنما هو مأذون فيه.." (١)

"عند أهل العصر الثاني، ووجدنا خبر واحد فهل يجب أن يكون الخبر مستنده أم لا؟ نقل الشافعي أنه قال: لا بد أن يكون ذلك الخبر مستندا للإجماع، وخالف في ذلك الأصوليون. اهـ. وإنما قيد المسألة بخبر الواحد؛ لأنه إذا كان الخبر متواترا فهو مستندهم بلا خلاف، كما قال القاضي عبد الوهاب، كما يجب عليهم العمل بموجب النص. قال: وإنما الخلاف في خبر الآحاد، وهو ثلاثة أقسام: أن يعلم ظهوره بينهم والعمل بموجبه لأجله، أو يعلم ظهوره بينهم والعمل بموجبه ولا يعلم أنهم عملوا لأجله، أو لا يكون ظاهرا، بل عملوا بما تضمنه. ففي القسم الثاني ثلاثة مذاهب، ثالثها: إن كان على خلاف القياس فهو مستندهم، وأما الثالث فلا يدل على أنهم عملوا من أجله، وهل يدل إجماعهم على موجبه على صحته؟ فيه خلاف. انتهى.

وقال إلكيا: إذا ظهر أن مستند الإجماع نص، كان هو مستند الحكم، ونحن إنما نتلقى الحكم من الإجماع إذا لم نر مستندا مقطوعا به، فأما إذا أجمعت الأمة على موجب الخبر المروي من خبر الواحد، فهل يدل القطعي على أن إجماعهم كان لأجله أم لا؟ قال: فيه تفصيل، وهو إن عملوا بما عملوا، وحكموا مستندين إلى الخبر مصرحين بالمستند، فلا شك، وإن لم يظهر ذلك، فالشافعي (- رحمه الله -) يقول في مواضع من كتبه: إن إجماعهم يصرف إلى الخبر، وبه قال أبو هاشم، وزاد عليه فقال: أجمعت الصحابة على القراض، ولا خبر فيه، فالظاهر أنهم أجمعوا عليه بخبر المساقاة، ولكن اشتهر الإجماع في." (٢)

"بالقياس عندنا خلافا للحنفية، قاله القاضي أبو الطيب وسليم وابن السمعاني والأستاذ أبو منصور. قال: فأما الاستدلال على المنصوص عليها بالقياس فجائز وفاقا وحكى الباجي عن أصحابهم كقولنا، وحكاه القاضي في " التقريب " عن الجمهور من أصحاب مالك والشافعي وغيرهما وقال: إنه الصحيح المختار. وقد قال الشافعي - رحمه الله - في الأم: ولا يقطع من قطاع الطريق إلا من أخذ منهم ربع دينار فصاعدا، قياسا على السنة في السارق ويتجه أن يخرج له في هذه قولان من اختلاف قوله في تحمل العاقلة الأطراف وأروش الجراحات والحكومات، فإنه قال في القديم: لا يضرب على العاقلة لأن الضرب على خلاف

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٣٠٨/٣

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٤٠٥/٦

القياس، لكن ورد الشرع به في النفس فيقتصر عليها، ولهذا لا قسامة ولا كفارة في الأطراف. والمشهور أنها تضرب عليهم كدية النفس قياسا بل أولى لأنه أقل.

وقال الماوردي والروياني: الذي يثبت به القياس في الشرع هو الأحكام المستنبطة من النصوص، فأما الأسماء والحدود في المقادير ففي جواز استخراجها بالقياس وجهان: أحدهما: يجوز إذا تعلق بأسماء الأحكام كتسمية النبيذ خمرا لوجود معنى الخمر فيه ويجوز أن يثبت المقادير قياسا كما قدرنا أقل الحيض وأكثره، وهذا اختيار ابن أبي هريرة، لأن جميعها أحكام والثاني: لا يجوز لأن الأسماء مأخوذة من اللغة دون الشرع، ومعاني." (١)

"قال ابن السمعاني: وقد يمنع التعليل بنص كلام الشارع على الاقتصار كقوله تعالى: {خالصة لك} [الأحزاب: ٥٠] وقوله - صلى الله عليه وسلم - لأبي بردة: «ولن يجزئ عن أحد بعدك» وقوله: «أحلت لي ساعة من نهار» ، فإذا امتنع النص على القياس امتنعا. وكذلك لو فرض إجماع على هذا النحو كالاتفاق على أن المريض لا يقصر، وإن ساوى المسافر في الفطر، وقد قال الشافعي - رحمه الله - في بعض كتبه: ولا يقاس على المخصوص، ويجوز أن يتأول فيقال: إنه أراد به في الموضع الذي لا يمكن القياس فيه. والأصل فيما يجوز القياس عليه وما لا يجوز أن ينظر في المخصوص ويمتحن، فإن كان يتعدى قيس عليه، كقياس الخنزير على الكلب في الولوغ، وقياس خف الحديد على الأدم بالمسح عليه. وإن لم يوجد في المخصوص وصف يمكن القياس عليه امتنع القياس كالجنين لا يقاس عليه الشخص الملفوف في الثوب، لأنه لا معنى في الجنين يقاس عليه الملفوف. أهـ.

وفصل بعضهم فقال: الحكم الثابت في الأصل إما أن يكون قطعيا أو ظنيا فالقطعي يجوز إلحاق الغير به والظني يكون الفرع منه مترددا بين أصلين:

أصل يوجب إثبات الحكم فيه، وآخر ينفيه لمشابهته للمسمى وغيره فيجب على المجتهد الترجيح بدليل.

والكلام في هذا يستدعي تعريف ما عدل عن سنن القياس من غيره. وقد بين إلكيا ذلك بأقسام.

أحدها: أن يكون ذلك الشيء قاعدة متأصلة في نفسها مختصة بأحكام غيرها، فلا يقال لهذا المعنى إنه

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٦٨/٧

مخالف لأنه ليس أصل أولى به، كقولهم: النكاح عقد على المنفعة يصح مع جهالة المدة، فصحته مع جهالة المدة **على خلاف القياس**، فإن ما في النكاح من المقصود لا يتأتى إلا بإبهام المدة." (١)

"الثالث: إذا كان أصله لا يتعلق بمصلحة كلية ولا جزئية ظاهرة لنا، كما قاله الشافعي في العرايا إنه مخالف لقياس الربا وفي العرايا مصلحة ظاهرة ولا يتخيل ذلك في الربا، ولكنه على وجهين:

أحدهما: أن يقال في الربا: وإن لم نطلع على مصلحة خفية كما اطلعنا عليها في ربا النساء، ولكنا نعلم أن الرب تعالى إنما حرمه لأن التوسع فيه يجر إلى ربا النساء، ولا شك أن العرايا مخالفة لهذا.

والثاني: أن معنى قولنا: العرايا مخالفة لقياس الربا أنها على مخالفة المعهود من قياس الربا وإن لم يكن معنى المصلحة معهودا لنا، وإذا ساغ – دون فهم المعنى – إلحاق ما عدا المنصوص به ساغ تقدير مخالفة القياس حيث امتنع الاعتبار والتقريب منه، وأما قول الشافعي: إن الأجل والخيار على مخالفة الأصل، مع أن الأصل اتباع التراضي وهو القياس الأصلي، فإنه لا قوام للعالم إلا به، وتجويز الخيار من تفاصيل أصل الرضا، فصح أنه **على خلاف القياس**، لكنه خلاف قياس هو أولى به، وهذا تأويل حسن. وأقول: هو ينقسم باعتبارات:

أحدها: أن يرد ابتداء غير مقتطع من أصل، ولا يعقل معناه، فلا يقاس عليه لتعذر العلة. قال الغزالي: ويسمى هذا خارجا عن القياس تجوزا، ومعناه أنه ليس منقاسا، لأنه لم يدخل في القياس حتى يخرج منه. ومثاله المقدرات وأعداد الركعات ونصب الزكوات ومقادير الحدود والكفارات. أما أصل الحدود والكفارات فيجوز القياس عليها كما سبق.

الثاني: ما شرع مبتدأ غير مقتطع من أصل وهو معقول لكنه عديم النظير فلا يقاس عليه لتعذر الفرع الذي هو من أركان القياس. قال الهندي: وتسميته هذا بالخارج عن القياس بعيدة جدا. قلت: فيه التأويل في الذي قبله. ومثاله تغليظ الأيمان والقسامة فلا يقاس عليها وجود البهيمة في المحلة مقتولة، وكذا جنينها لا يضمن، بخلاف جنين الآدمي، لأن الثابت في جنين الآدمي على خلاف قياس الأصول.." (٢)

"أعني بالنسبة إلى النقصان، أما الزيادة فلا يشترط انتفاؤها، إذ قد يكون الحكم في الفرع أولى، كقياس الضرب على التأفيف، وقد يكون مساويا، كقياس الأمة على العبد في السراية. فإن كان وجودها في

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ١٢١/٧

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ١٢٣/٧

الفرع مقطوعا به صح الإلحاق قطعا، وإن كان مظنونا كقياس الأدون كالتفاح على البر بجامع الطعم فاختلفوا فيه على قولين، وأصحهما أنه لا يشترط القطع به، بل يكفي في وجود العلة في الفرع الظن لأنا إذا ظننا وجودها في الفرع ظننا الحكم، والعمل بالظن واجب.

الثالث: أن يساوي حكمه حكم الأصل فيما يقصد من عين أو جنس ليتأدى به مثل ما يتأدى بالحكم في الأصل، فإن كان حكم الفرع مخالفا لحكم الأصل فسد القياس.

الرابع: أن يكون خاليا عن معارض راجح يقتضي نقيض ما اقتضته علة القياس. هذا إن جوزنا تخصيص العلة، فإن لم نجوزه لم يكن هذا شرطا في الفرع الذي يقاس، بل الفرع الذي يثبت فيه الحكم يقتضي القياس.

الخامس: **أن** لا يتناول دليل الأصل، لأنه يكون ثابتا به، ومنهم من قال: أن لا يكون الفرع منصوصا أو مجمعا عليه، وهذا ظاهر إذا كان الحكم المنصوص عليه **على خلاف القياس**. وإلا لزم تقديم القياس على النص وهو ممتنع، نعم يجوز لتجربة النظر. فأما إذا كان على موافقته، فإما أن يكون النص الدال على ثبوت حكم الفرع هو بعينه الذي دل على حكم الأصل." (١)

"على مسيس الحاجة إلى المساكن مع القصور عن تملكها وضن مالكها ببذلها عارية. وكذلك المساقاة لاشتغال بعض الملاك عن تعهد أشجاره. وكذلك القراض. . . وذكر بعضهم في هذا القسم البيع. وقال إمام الحرمين: تصحيح البيع آيل إلى الضرورة. والإجارة دونه، لأن كل أحد لا يستغني عن البيع، فالضرورة إليه عامة، وفي الآحاد من يستغني عن الإجارة، فالحاجة إليها ليست عامة. ونازعه ابن المنير وقال: وقوع الإجارات أكثر من المبايعات. ومنه: نصب الولي للصغير، لأنه أكمل نظرا من المرأة، لكمال عقله، فلو فوض نكاحها إليها أوقعت نفسها في معرة، لقصور نظرها، ولأن توليها النكاح يستقبح عند العقلاء، لإشعاره ببذاءتها. ثم قد يكون من هذا ما هو ضروري، كالإجارة لتربية الطفل. وتكميلا كخيار البيع، ورعاية الكفاءة، ومهر المثل في تزويج الصغير فإنه أفضى إلى دوام النكاح. ثم اعلم أن (المناسبة) قد تكون جلية حتى تنتهي إلى القطع، كالضروريات. وقد تكون خفية، كالمعاني التي استنبطها الفقهاء وليس لهم إلا مجرد احتمال اعتبار الشرع لها. وقد يشتبه كون (المناسبة) واقعة في مرتبة الضرورة أو الحاجة لتقاربهما. وقد قال بعض الأكابر: إن مشروعية الإجارة **على خلاف القياس** فنازعه بعض الفضلاء وقال:

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ١٣٧/٧

إنها في مرتبة الضرورة، لأنه ليس كل الناس قادرا على المساكن بالملك ولا أكثرهم، والسكن ما يكن من الحر والبرد من مرتبة الضرورة. وقد يختلف التأثير بالنسبة إلى الجلاء والخفاء.." (١)

"في رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الإقرار به وهو منزل على قوله: إنه لا ينتفي باللعان عليه.

(ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتا من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد أنكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللا بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستهلال وأن ذلك يقتضي إهداره، ونسبه إلى أنه من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعي التحقيق ويرتضي لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول القياس يقتضي إهداره وليس كما ظنه فإن هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقته الحياة ؛ لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحينئذ فالجاني إما أن يكون قتله أو منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقادهم أرقاء ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة أيضا فإن دلائل حياته وسقوطه ميتا عقيب الضربة كالقاطع بأنها هي التي قتلته ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة، وإن ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وفقد التعدي. وذلك يوجب الضمان ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنينها وجب ضمانهما لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال في امرأة قتلت وهي حامل إذا لم يلق الجنين فليس فيه شيء، قال القاضي والأصحاب: يكفي أن يظهر منه يد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها فشوهد الجنين وإن لم ينفصل ؛ لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان الجنين في بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فعلى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال.

ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عصر جوفها فخرج الجنين ميتا فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافهما أحدهما تضمنه ؛ لأن الظاهر أنه مات بجناية العصر.

والثاني: لا يضمن ؛ لأنه منخنق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها.

---

(١) البحر المحيط في أصول الفقه الزركشي، بدر الدين ٢٦٩/٧

. وهل يختص الضمان بجنين الآدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات؟ ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص ؛ لأن ضمان الجنين الميت **على خلاف القياس**، قالوا: وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الأمة وقياسه جنين الصيد في الحرم والإحرام، والمشهور أنه يضمن بما نقص أمه أيضا ؛ لأن غير الآدمي لا يضمن بمقدر وإنما يضمن بما نقص.

ولو ألقت البهيمة بالجناية جنينا حيا ثم مات فاحتمالان ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حيا لا غير.

والثاني: عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم، وكذلك ذكر صاحب المغني في الأمة إذا." (١)

"ومن الرخص ما هو مباح كالعرايا١ والمساقاة٢ والمزارعة٣ والكتابة٤ والشفعة٥ وغير ذلك من العقود الثابتة **على خلاف القياس** هكذا ذكر أصحابنا وغيرهم.

ولكن قال أبو العباس ليس شيء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها **على خلاف القياس** وقرر ذلك بأحسن تقرير وبينه بأحسن بيان ليس هذا موضع ذكر ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم.

خاتمة:

قد يكون سبب الرخصة اختياريا كالسفر أو اضطراريا كالاغتصاص باللقمة المبيح لشرب الخمر والله أعلم.

---

١ العريا: من عار الشيء إذا ذهب وجاء وهي: إباحة الإنتفاع بعين من أعيان الماب انظر المغني "٣٥٤/٥".

٢ المساقاة: هي ان يدفع الرجل شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل ما يحتاج إليه بجزء معلوم من ثمنه انظر المغني لابن قدامة "٥٥٤/٥ – ٥٥٥".

٣ المزارعة: هي دفع صاحب الأرض أرضه إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما انظر المغني لابن قدامة "٣٨٢/٥".

٤ الكتابة: هي إعتاق السيد عبده على مال في ذمة هذا الأخير يؤدي مؤجلا انظر المغني "٣٣٨/١٢".

---

(١) القواعد لابن رجب ابن رجب الحنبلي ص/١٨٤

٥ الشفعة: هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه انظر المغني لابن قدامة "٥/٤٥٩".." (١)

"فمرض وبين في المعتقة لخرم غليظة لجهة الإظهار ويصيره فارا فترث هي لجهة الإنشاء وفيمن قال لعبديه المتفاوتين قيمة أحدكما حر فمرض فبيانه في كثير القيمة معتبر بجهة الإظهار ويعتق من جميع المال لأن كليهما لتردده بين العتق وعدمه صار كالمكاتب فلم يتعلق به حق الورثة فلا تهمة بخلاف مسألة الفرار.

فروع:

١ - وكلت فلانا وفلانا في البيع أو أحد هذين لا يصح قياسا لجهالة المأمور ويصح استحسانا لأن الوكالة متوسع فيها والجهالة مستدركة غير مفضية إلى النزاع فإن هما باعا صح فلم يشترط اجتماعهما بخلاف وهذا وليس بعد بيع أحدهما أن يبغ الآخر وإن عاد إلى ملك موكله أما بيع هذا وهذا فقيل لا قياس مق جهالة الموكل به دون جهالة الوكيل كجهالة المقر به والمقر له، والأصح أن هاهنا أيضا قياسا لأن التوكيل بالبيع كالبيع فلا تصح مع جهالة المبيع واستحسانا لأن الجهالة مستدركة والموكل قد يحتاج إلى هذا والتحيز لا يمنع الامتثال كما في الكفارة.

٢ - دخول أو في الثمن أو الأجرة مفسد وكذا في المبيع أو المستأجر إلا أن يكون من له الخيار معلوما في اثنين أو ثلاثة فيصح استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو القياس للجهالة التي تعود على موضوع المعاملات بالنقض كما في الثمن وجهالة من له الخيار وما فوق الثلاثة، وجه الاستحسان: استبداد من له الخيار بالتعين فلا يقضي إلى المنازعة غير أنه لخطره يشبه القمار فتحمل في الثلاثة المشتملة على أوصاف الجودة والرداءة والتوسط كما تحمل في خيار الشرط إلى ثلاثة أيام إلحاقا للمحل بالزمان والجامع الحاجة إلى التردي واندفاع الحاجة لما دونها وهذا الخيار في المبيع لا الثمن وهذا الخطر وإن كان في العقد فحكمه ثابت في النكرة وخطر خيار الشرط وإن لم يدخل العقد فحكمه ليس بثابت أصلا فاستويا فجاز الإلحاق وعدم جوازه فيما فوق الثلاثة عندهما مع جواز خيار الشرط لأنه ثابت بالأثر **على خلاف القياس** فلم يمكن الإلحاق فيه ثم خيار التعين فيها يتناول العاقدين عند الكرخي كما في خيار الشرط وفي المجرد لا يجوز للبائع لأن الجواز لضرورة التردي في اختيار ما هو إلا رفق وهي مفقودة فيه لأنه كان له والإجارة كالبيع فيه كما في الخيارات الآخر.

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية ومايتبعها من الأحكام الفرعية ابن اللحام ص/١٦٣

٣ – دخول أو في المهر يوجب تحكيم مهر المثل عند أبي حنيفة لجهالة التسمية وله موجب أصلى لا يجوز العدول عنه بالشك كالقيمة في البيع وأجر المثل في الإجارة مع أن." (١)

"العقد عليها إذ لا يصير به مالا متقوما ليس به كالعقد على الميتة ولا لاحتياج العقد إلى تقومها والألم تقابل المال في عقد لم يتقوم فيه كالخلع فإن منافع البضع غير منقومة حال الخروج فدل إنها في نفسها أموال منقومة قلنا:

أولا: ليست مالا لأن المال ما ينتفع به لا بالإتلاف فإن الأكل ليس تمولا ولا شيء من المنافع كذلك لأنها أعراض لا تبقي زمانين ولا ينفع منع عدم البقاء في الأعراض بانها سفسطة لأنها ها هنا غير قارة فلا تبقي فلا يتصور فيها الإتلاف أيضا.

وثانيا: ليست متقومة والتقوم شرط الضمان لأن كل متقوم محرزا إذ ما لا احراز له لا تقوم له كالصيد والحشيش والماء وكل محرز باق والمنفعة ليست كذلك أما إحرازها بإحراز ما قامت هي به فللمتلف لا للمالك فلا تضمن كزوائد الغصب عندنا على أنه ضمني لا يضمن كالحشيش النابت في الملك.

وثالثا: إنها وان كانت أموالا متقومة كما زعم بعض أصحابه أن التقوم عنده بالملكية لا بالإحراز فليست مثلا للأعيان لأن التفاوت بين العرض والمعروض فاحش كما بين الدين والعين لأنه بالبقاء وعدمه لا بكثرة البقاء وقلته كما بين الحمد والبطيخ والدراهم ثم لا نعلم مالية كل ما يقوم به المصلحة والأسواق وتقومه لجواز أن يكون مما ينتفع به بالإتلاف أو مما يعتني ويدخر ولو زمانين إما قياس مقابلتها بالمال المنقوم ها هنا على مقابلتها في العقود صحت بدون التقوم بل بمجرد الاستبدال كالخلع والصلح عن دم العمد أولا كالنكاح والإجارة لإثبات أصل المدعي أو قياس تقومها ها هنا على تقومها في العقد لإثبات مقدمة الدليل ففاسدان إما لأن لزوم المال في مقابلة غير المال وكذا تقومها ثمة بالنص لضرورة حاجة الناس **على خلاف القياس** فغيرها عليها لا يقاس مع أن العين في نحو الإجارة أقيمت مقام المنفعة إقامة السفر مقام المشقة قضاء لحوايج الناس فيما يكثر وجوده بخلاف العدوان فإن سبيله أن لا يوجد وهذا أصح من جعل المنفعة معقودا عليها إذ لا يصح آجرتك منافع هذه الدار شهرا على أن جعل المعدوم موجودا قلب الحقيقة ليس له في الشرع استمرار واما لأن فيها صحيحة كانت أو فاسدة إذ في التمييز خرج للعوام رضا يوثر في إيجاب الأصول كإيجاب المال في مقابلة غير المالك في نحو الخلع والفضول كبيع عبد قيمته ألف بألوف ولا

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ١٥٢/١

رضا في العدوان وكل قياس لا يقوم إلا بوصف يقع به المفارقة باطل والذرق بين النكتتين أن الثانية أعم لدفعها القياس على العقود الفاسدة والتي أحد عوضيها غير مال متقوم شرعا أيضا كالخلع إذ لا ينظمهما التجويز." (١)

"بالثاني مجاز بالأول لأن كلها أو بعضها علة كما للعقوبات ثم قسموه إلى أربعة أقسام لأن إفضاءه إما في الحال فإن لم يضف العلة المتخللة إليه فسبب حقيقي وإن أضيفت فأما ثبوتا به ولكن لم يوضع له وإلا كان علة أو ثبوتا عنده بلا تراخ وهو السبب الذي في حكم العلة أو ثبوتا عنده مع التراخي أو به غير موضوع لمتخلل لم يوضع له وهو السبب الذي له شبهة العلة وأمل في المأل فسبب مجازي فقيل مورد القسمة المعنى الأول وليس إذ لا يتناول غير الأول وقيل: المعنى الثاني وليس أيضا لتناوله العلل والإمارات والصحيح أن المورد ما يطلق عليه اسم السبب كتقسيم المشترك اللفظي فلا يلتزم معنى مشترك بينها وكذا في العلة والشرط ولذا جاز عد المجازي منها واشتراك بعض الأقسام بين الثلاثة أو الاثنين لاشتراك الإطلاق.
الأول: الحقيقي وهو طريق الحكم بلا انضياف وجوب ووجود إليه أي وضعا وبلا تعقل التأثير فلا بد من تخلل علة لا نضاف إليه خرج بالأول العلة لثبوت الحكم بها وضعا وبالثاني الشرط لثبوته عنده وضعا وقيد الوضع ليدخل فيه مثل إنضياف ملك المتعة إلى الشري فيه ويخرج بالقيد الأخير كمطلق الأقسام الباقية من المسبب لتعقل حقيقة التأثير أو شبهته فيها وحكمه أن لا يضاف أثر الفعل إليه وله فروع.
١ – الدال على السرقة أو القتل أو قطع الطريق لا يضمن أو على حصن حربي بوصف طريقة لا يشترك في الغنيمة إلا إذا ذهب معهم فصار صاحب علة لأن الدلالة طريق الموصول وقد لخلل بينها وبين الحصول فعل مختار لم يضف إليها وإنما يضمن محرم دل على الصيد لأن إزالة إلا من جناية في حقه لالتزامه إياه فدلالته مباشرة لا تسبب كمودع دل سارقا على الوديعة لكن لأن الدلالة تعرض الانتفاض لم يضمن بها حتى يستقر باتصال القتل وإلا يصير كما أخذه فأرسله أو رماه فلم يصب نظيرها الجراحة نستأني لمعرفة مآلها فإن اندملت بلا أثر فلا شيء والمضارب إذا جاوز البلد المشروط فإن عاد إليه قبل التصرف فلا ضمان وإنما لا يضمن الحلال الدال على صيد الحرم لأنه كالدال على الأموال المملوكة ومتاع المسجد والأموال المحترمة لله تعالى كالموقوفة يوضحه أنه ضمان المحل فلا يتعدد بتعدد الجاني بخلاف ضمان المحرم وإنما أوجبوا الضمان على الساعي استحسانا **على خلاف القياس** لغلبة السعاة.

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢١٥/١

٢ - فإن النكح هذه فهما حرة فنكحها فولدت فظهرت أمه لم يرجع بقيمة الولد عليه لأن الاستيلاد فعل مختار غير مبني على الأمر بالنكاح بل على نفس النكاح لوضعه له ولدا." (١)

"الخوف من الفتنة إجماعا **على خلاف القياس** فلا يصار إليه عند عدمها بل إذا عجزنا عن أحديهما أثبتنا الأخرى ونعني بالمؤونة فيهما أنهما سبب لحفظ انزال الأراض فإنه ببأس الغزاة المجاهدين ودعاء الفقراء المجتهدين وغلب الشرع في العشر معنى العبادة إكراما للمسلمين وفي الخراج معنى العقوبة إهانة للكافرين، وإما الحق القائم بنفسه أي من غير تعلقه بذمة فكخمس الغنائم والمعادن لأن الجهاد حق الله تعالى {قل الأنفال لله} (الأنفال: من الآية ١) لكونه إعلاء كلمته لكنه استبقى الخمس لنفسه وأعطى باقيه للغانمين منة ولذا يقسمه الإمام وجوز صرفه من الغنيمة إلى الغالفين وأولادهم وآبائهم ومن المعدن إلى الواجد وقرابة أولاده عند الحاجة بخلاف افتقار المزكي بعد الحول لا يرد الساعي ما أعطاه وان بقى ولا يصرف حانث وجد ما يكفر به إلى نفسه لحاجته ولذا أيضا حل لبني هاشم خمس الخمس إذ لم يكن آلة أداء الواجب على أحد ليصير بانتقال آثامه إليه وسخا ولذا جعلنا النصرة علة استحقاقه لا لقرابة كما قال الشافعي والثمرة سقوطه بوفاة النبي عليه السلام لانتهاء النصرة كما سقط سهم المولفة لانتهاء ضعف الإسلام فعند الكرخي وهو مختار أبي زيد في الإسرار في حق أغنيائهم خاصة وعند الطحاوي مطلقا وعند الشافعي ثابت لبقاء القرابة له لأن قوله تعالى {ولذي القربى} (الأنفال: من الآية ٤١) ترتيب على المشتق فالعلة مأخذة ولئن ثبت عليه النصرة بالحديث يكون وصفا يتم بها القرابة علة كالعدالة في الشاهد والنماء في النصاب والتأثير في الوصف الملايم ولذا أعطنا بني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني نوفل وبني عبد شمس قلنا أولا تعليق الكرامة بالنصرة لكونها من الطاعات أولى منه بالقرابة لكونها خلقية إما لأن الأول هو الغالب وإما اعتبارا بأربعة الأخماس حتى لا يملكها من دخل تاجرا ويملكها من دخلها بقصد النصرة **وان** لم يقاتل وثانيا الأصل صوت قرابتها عن إعراض الدنيا بالنص وهو قوله تعالى {قل لا أسألكم عليه أجرا} (الأنعام: من الآية ٩٠) الآية ولأنها أعلى من أن يجعل علة لاستحقاقها وإن صارت مانعة عن الزكاة وغير مقتضية للإرث عن الرسول وليست النصرة منضمة لها علة لصلاحها علة بنفسها كما في أربعة لأخماس ومثله لا يصلح مرجحا ولكن سلم فلما عدمت بعد وفاته لم يبق القرابة علة كنصاب لم يبق نماؤه وشاهد، ثم من فروعه بنفسه أن الغنيمة لا تملك عندنا إلا بعد الإحراز بدارنا خلافا له إذ لو كانت لنا لتملكنا بمجرد

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ١/٢٦٦

الاستيلاء كالصيد وغيره وهو أصل يتفرع عليه مسألتنا كعدم جواز القسمة في دار الحرب وإن لاحق لمن مات فيها ويورث نصيب من مات بعد الإحراز قبل القسمة." (١)

"أما الأول من حقوق الله تعالى: بأصنافه الخمسة فخبر الواحد حجة رواية بشرائطه السابقة في ابتدائها وبقائها، قيل في بقائها فقط لأنه أسهل وقيل لا بد من العدلين كالشهادة قلنا: الأدلة المذكورة لا تفصل والقياس على الشهادة في اشتراط شيء من شرائطها لا يصح لضيق بابها وكذا شهادة كالشهادة بهلال رمضان مع علة المساء يقبل الواحد العدل رجلا وامرأة حرا وعبدا لأنه أمر ديني كالرواية، ولذا لم يشترط لفظة الشهادة وقبل عن المحدود في القذف في ظاهر الرواية، ويروى لا يقبل لأنه شهادة إذ لا يجب العمل به إلا بعد القضاء واشترط مجلسه والعدالة وكذا في سائر الديانات.

أما خبر الصبي والمعتوه والكافر فلا يقبل فيها أصلا وإخبار الفاسق والمستور رواية لا تقبل وديانة تقبل بشرط انضمام المتحرى للضرورة هنا وكمرة عدول الرواة.

وأما الثاني منها: بإضافة الثلاثة كالقصاص والحدود وحرمان الميراث وكفارة الفطر عندنا فتقبل فيما روى عن أبي يوسف واختاره الجصاص لأن الأدلة لا تفصل ولدلالة الإجماع على العمل بالبينة وأنها خبر الواحد وبدلالة النص الذي فيه شبهة كالرجم في حق غير ماعز وغيره مع أن مواضع الشبهات مخصوصة والعلم المخصوص دون خبر الواحد إذ يعارضه القياس لا إياه وهو قول الكرخي لا يقبل جمعا بين تلك الأدله والدارئة لشبهة فيه كما في القياس وقبول البينة إما بالإجماع أو بالنص القطعي الوارد **على خلاف القياس** نحو: {فاستشهدوا عليهن أربعة منكم} [النساء: ١٥] فمحل الخلاف عليه لا يقاس ولأن الشهادة ق حقوق الله تعالى مظهرة وخبر الواحد مثبت ولأن البينة لإثبات سببها وهو الفعل لا نفسها ولأنها لو لم يعمل فمها لانسد بابها إذ الإقرار نادر والتواتر أندر بخلاف خبر الواحد لأن أكثر أنواعها ثابت بالكتاب والكلام ق مثل حد الشرب الغير الثابت به أما الفرق بان لها شرائط كثيرة ففيه ما فيه وخبر الواحد إذا كان ظني الدلالة يكون كالعام المخصوص يعارضه القياس بالأولى مع أن المعارضة في الحقيقة للنص المخصص الذي يظهر القياس عموم حكمه.

قيل: والأصح عند الإمام هو الأول لأنها أحكام عملية لا علمية وقد تمسك في قتل مسلم بذمي بالمرسل وفي قتل جماعة بواحد بأثر عمر رضي الله عنه وهما دون المسند وإنما لم يعمل بالرأي لأن الحدود مقدرة

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٣٠٦/١

مكيفة لا مدخل للرأي ق معرفتهما ولكلام صاحب الشرع أن يثبتهما والقصاص أعظم ولأن الشبهة في نفسه لا في طريق ثبوته المقنن فلذا لم يعمل ق اللواطة بالرأي ولا بخبرها لغرابته وعملا بالدلالة ولا شك أن الخبر القطعي الدلالة أعلى من العام المخصوص ولا قائل بالتفصيل.." (١)

"لا يقال التعليل بالأثر ليس قياسا لعدم الأصل لأن الأصل في مثله مجمع عليه متروك لوضوحه كما أن أصل إيداع الصبي إباحة الطعام لأحد.

وقيل بيان علة شرعية للحكم مثل قوله عليه السلام "أنها من الطوافين" (١) ويسمى استدلالا كالتعليل بالعلة القاصرة عند الشافعي رحمه الله ليس قياسا، والحق أن يعد قياسا مسكوتا عن أصله إذ لا مزيد على الأدلة الأربعة في الحقيقة كما سيتحقق.

وأما الفاسدة فمنها كونه شبها والشبه وصف اعتبره الشرع في بعض الأحكام ولم يعلم مناسبته وهو بين المناسب والطردي لأن الوصف إن علم مناسبته فمناسب وإن لم يعلم فإن التفت الشارع إليه فشبه وإلا فطردي فيشبه المناسب من حيث الثقات الشارع والطردي من حيث عدم العلم بالمناسبة وعليه تثبت بالإجماع والنص والسير لا بتخريج المناط لأن علم بالمناسبة.

مثاله قولهم إزالة الخبث طهارة تراد للقربة فيتعين الماء لها كطهارة الحدث إذ المناسبة بين كونها طهارة تراد لها وبين تعين الماء غير ظاهرة لكن إذا تعين وصف من بين أوصاف المنصوص لالتفات الشارع إليه دون غيره يتوهم أنه مناسب فقد اجتمع فيها كونها قلعا له وطهارة تراد للقربة والشارع اعتبر الثاني في تعين الماء كما في الصلاة والطواف ومس المصحف اعتبارا في الجملة أي إذا كانت الطهارة عن الحدث.

قلنا: التعليل به إما للقصر وقد مر بطلانه وإما للتعدية كما هو الظاهر من المثال ولا يصح لأن الوارد **على خلاف القياس** فغيره عليه لا يقاس ولا نعني بذلك إلا ما لا يدرك مناسبته لا أن العقل ينفيه بإدراك من حجج الله تعالى ولا تناقض فيها ومنه يعلم حال الطردي بالأولى.

تنبيه: قد يطلق الشبه على الأشبه من وصفين يردد باجتماعها الفرع بين أصلين كالنفسية والمالية في العبد المقتول المتردد بهما بين الحر والفرس وهو بالحر أشبه وحاصله

---

(١) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/ 62) ح (٦٠)، وابن خزيمة في صحيحه (١/ ٥٥) ح (١٠٤)

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/٢٦٦

وابن حيان لق صحيحه (٤/ ١١٤ - ١١٥) ح (١٢٩٩)، الحاكم في مستدركه على مسلم (١/ ٢٦٣) ح (٥٦٧) والترمذي (١/ ١٥٣ - ١٥٤) ح (٩٢)، والدارمى (١/ ٢٠٣) ح (٧٣٦) والبيهقي في الكبرى (١/ ٢٤٥) ح (١٠٩٢)، والدارقطنى (١/ ٧٠) والإمام الشافعي في مسنده (١/ ٩) وأبو داود (١/ ١٩) ح (٧٥)، والنسائي في الكبرى (١/ ٧٦) ح (٦٣)، وابن ماجه (١/ ١٣١) ح (٣٦٧) والامام مالك في موطئه (١/ ٢٢) ح (٤٢)، والطحاوي في شرح معانى الآثار (١٩١) والإمام أحمد في مسنده (٥/ ٢٩٦) ح (٢٢٥٨).." [١]

"قلنا انتفاء حقه للعجز عن القضاء لا لاقتضاء الرضاء كما في النكاح فلا تقريب ومنه اختلف المتعاقدان في ذراع المسلم فيه لخالفا قياسا لأن اختلافهما في المستحق بعقد السلم لا استحسانا لأن الذراع ليس أصل المبيع بل وصفه لأنه يوجب جودة في الثوب بخلاف الكيل والوزن وذا لا يوجب التحالف فعلنا بالصحة الباطنة للقياس وهي أن الاختلاف في الوصف هنا يوجب الاختلاف والوزن وذا لا يوجب التحالف فعلمنا بالصحة الباطنة للقياس وهي أن الاختلاف في الوصف هنا يوجب الاختلاف في الأصل.
لا يقال لم جعلوهما بالنظر إلى المقابلة قسمين فالأقسام ليست بمنحصر فيهما بل باعتبار قوة كل منهما وضعفه أربعة من اثنين في اثنين فيرجح الاستحسان منها فيما قوى أثره دون القياس والقياس في الثلاثة الآخر وباعتبار أن كلا صحيح الظاهر والباطن وفاسدهما ومختلفيهما ستة عشر من أربعة في أربعة فصحيحيهما من القياس راجح على أربعة الاستحسان وضعفهما مرجوح عنهما بقى لفانية لمختلفي القياس فصحيحيهما من الاستحسان راجح عليهما وضعيفهما مرجوح عنهما بقى أربعة لمختلفى أحدهما في نحتلفى الآخر فصحيح الباطن الفاسد الظاهر من الاستحسان يرجح على عكسه من القياس لا عكسه عليه ولا المتفق منهما فإن هذه الثلاثة بالعكس.
لأنا نقول التقسيم الأول مستدرك لأن القوة عين الصحة والضعف عين الفساد فاندرج في الثاني وإنما خصوا القسمين من الستة عشر للثانى لأن الاشتباه المحوج إلى الترجيح كان فيهما إذ لا اشتباه في راجحية القياس في الأربعة الأولى ومرجوحيته في الأربعة الثانية ولا في راجحية الاستحسان في الاثنين الأول ومرجوحيته في الاثنين الثاني ولا في راجحية القياس في المتفقين من الأربعة الباقية بقى اثنان مختلفان فيهما الاشتباه ولعدم الاشتباه بينهما لا يكاد يقع ممن له أدنى التمييز فضلا عن أن يقع من المجتهد المبرز في شأو دقائق

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/٣٥٤

المعالى وهذا هو المراد بالامتناع لا نفى الإمكان العقلي كما ظن.

تتمة: الفرق بين المستحسن بالقياس الخفى الذي هو المراد بإطلاقه والثلاثة الآخر أنه يعلى لا هى للعدول بها عن السنن اللهم إلا دلالة إذا تساويا في جميع المعالى المؤثرة.

مثاله: إذا اختلفا في الثمن قبل قبض المبيع فاليمين على المشترى قياسا لأنه المنكر وعينهما قياسا خفيا لأن البايع ينكر وجوب تسليم المبيع بقبض ما هو ثمن في زعم المشترى والمشترى ينكر زيادة الثمن فتعدى التخالف إلى ما اختلف وارثاهما قبل قبضه أو الموجران في مقدار الأجرة قبل اسئيفاء المنفعة وأما بعد القبض فالتخالف ثبت بالحديث حال قيام السلعة **على خلاف القياس** إذ البايع لا ينكر شيئا فلا يعدى إلى." (١)

"قول محمد رحمه الله في العنبر لا خمس فيه لأنه لم يرد فيه الأثر لأن معناه أن وجوب الخمس **على خلاف القياس** فيقتصر على ما فيه الأثر.

وقيل لأنه لم يكتف به بل ذكر حاكيا عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه كالسمك وهو كالماء ولا خمس فيه ومعناه ما مر أن الخمس إنما يجب بالتسليط على ما في يد العدو وقهر الماء بمنع قهر العدو.

ثم قال علماؤنا التمسك بالاستصحاب أربعة أوجه:

١ – عند القطع بعدم المغير لحس أو عقل أو نقل ويصح إجماعا كما نطقت به الآية.

٢ – عند العلم بعدم المغير بالاجتهاد ويصح لإيلاء العذر ولا حجة على الغير إلا عند الشافعي وبعض مشايخنا منهم علم الهدى رحمه الله لأنه غاية وسع المجتهد.

٣ – قبل التأمل في طلب المغير وهو بط بالإجماع لأنه جهل محض كعدم علم من أسلم في دارنا بالشرائع وصلاة من اشتبهت عليه القبلة بلا سؤال وتحر.

٤ – لإثبات حكم مبتدأ وهو خطأ محض لأن معناه اللغوى إبقاء ما كان ففيه تغيير حقيقته واعتبره بعض الشافعية حتى قالوا بإيراث المفقود من مورثه لذلك وأخطأوا في التخريج لأنه بواسطة الحياة الباقية حكما وليس بإثبات ابتدائي.

قال فخر الإسلام رحمه الله ومن شرع في العمل بلا دليل اضطر إلى التقليد الذي هو باطل إذ عند انتفاء الضرورة والنظر بتعين التقليد أو التشهى ولما لم يحتمل التشهى الصحة أصلا عين التقليد أو معناه اضطر

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٣٧٨/٢

إلى جواز التقليد الباطل لأنه من أقسام العمل بالدليل.
الثالث: التقليد: وهو اتباع الغير على اعتقاد أنه محق من غير دليل على وجوب اتباعه لأنه لما تبرع بالتزام قوله كأنه جعله قلادة عنقه وذلك كاتباع الكفرة آباءهم المذموم في الآيات والمبتدعة مقتداهم المذموم في الأحاديث إذ لو صح لكان جميع الأديان الباطلة حقا ولزم اجتماع النقيضين لتناقض الأديان وفيما قلد اثنان لاثنين في النقيضين ولأنه معارض بالمثل ولأن مقلد الكافر كافر ومقلد المؤمن عاص بترك الاستدلال ولا شيء من سالك طريق الحق يعصي بسلوكه وهذا بخلاف اتباع الأمة قول النبي لأنه بالكتاب والإجماع أو الإجماع لأنه عن دليل مر فيه حجيته واتباع الأمة قول المفتي أو القاضي قول الشهود لأنهما عن نص نحو {فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون} [النحل: ٤٣] أو إجماع فهذه الأقسام.
قيل ليست تقليدا إلا أن يصطلح عليه.
وقيل ليست تقليدا باطلا.." (١)

"لحديث صفوان بن عسال - رضي الله عنه - أنه قال «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأمرنا إذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن جنابة، ولكن من بول أو غائط أو نوم» ولأن الجنابة لا تكرر عادة فلا حرج في النزع، بخلاف الحدث لأنه يتكرر.

(وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء) لأنه بعض الوضوء (وينقضه أيضا نزع الخف) لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع، وكذا نزع أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة
ــــــQحاجة إلى التصوير. وحاصله أنه إذا أجنب وقد لبس على وضوء وجب نزع خفيه وغسل رجليه. وقيل صورته مسافر أجنب ولا ماء عنده فتيمم ولبس ثم أحدث ووجد ماء يكفي وضوءه لا يجوز له المسح لأن الجنابة سرت إلى القدمين، والتيمم ليس بطهارة كاملة فلا يجوز له المسح إذا لبسهما على طهارته فينزعهما ويغسلهما، فإذا فعل ولبس ثم أحدث وعنده ماء يكفي الوضوء توضأ ومسح لأن هذا الحدث يمنعه الخف السراية لوجوده بعد اللبس على طهارة كاملة، فلو مر بعد ذلك بماء كثير عاد جنبا، فإذا لم يغتسل حتى فقده تيمم له، فلو أحدث بعد ذلك وعنده ماء للوضوء توضأ وغسل رجليه لأنه عاد جنبا، فإن أحدث بعد ذلك وعنده ماء للوضوء فقط توضأ ومسح، وعلى هذا تجري المسائل، وهذه الصورة إنما تزيد

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع الفناري ٢/٤٤٤

على ما ذكرناه آنفا بإفادة أنه يشترط لجواز المسح كون اللبس على طهارة الماء لا طهارة التيمم معللا بأن طهارة التيمم ليست كاملة، فإن أريد بعدم كمالها عدم الرفع عن الرجلين فهو ممنوع، وإن أريد عدم إصابة الرجلين في الوظيفة حسا فيمنع تأثيره في نفي الكمال المعتبر في الطهارة التي يعقبها اللبس.

ويمكن أن يوجه الحكم المذكور بأن المسح **على خلاف القياس**، وإنما ورد من فعله – عليه الصلاة والسلام – على طهارة الماء، ولم يرد من قوله – عليه الصلاة والسلام – ما يوسع مورده فيلزم فيه الماء قصرا على مورد الشرع وسيأتي في حديث صفوان صريح منعه للجنابة (قوله لحديث صفوان بن عسال) روى النسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح عن صفوان بن عسال قال «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يأمرنا إذا كنا." (١)

"وقالا: يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفان) لما روي أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – مسح على جوربيه» ، ولأنه يمكنه المشي فيه إذا كان ثخينا، وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف. وله أنه ليس في معنى الخف لأنه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلا وهو محمل الحديث، وعنه أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى (ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين) لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء والرخصة لدفع الحرج.

(ويجوز المسح على الجبائر

ـــــــQولا يعارض بالحديث فإنه حكاية حال لا تعم فيحمل على الموق الصالح بدلا عن الرجل لكونه كالخف في المقصود منه (قوله وله أنه ليس في معنى الخف) لا شك أن المسح على الخف **على خلاف القياس** فلا يصلح إلحاق غيره به إلا إذا كان بطريق الدلالة وهو أن يكون في معناه، ومعناه الساتر لمحل الفرض الذي هو بصدد متابعة المشي فيه في السفر وغيره للقطع بأن تعليق المسح بالخف ليس لصورته الخاصة بل لمعناه للزوم الحرج في النزع المتكرر في أوقات الصلاة خصوصا مع آداب السير، فإذا جاز بالاتفاق المسح على المكعب الساتر للكعب، وفي الاختيار: وكذا إذا كانت مقدمته مشقوقة إذا كانت

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥٢/١

مشدودة أو مزرورة لأنها كالمخروزة، فوقع عنده أن هذا المعنى لا يتحقق إلا في المنعل من الجورب فليكن محمل الحديث لأنها واقعة حال لا عموم لها، هذا إن صح كما قال الترمذي." (١)

"وهو حجة على الشافعي - رحمه الله - في اكتفائه بالإقامة (فإن فاتته صلوات أذن للأولى وأقام) لما روينا (وكان مخيرا في الباقي، إن شاء أذن وأقام) ليكون القضاء على حسب الأداء (وإن شاء اقتصر على الإقامة) لأن الأذان للاستحضار وهم حضور. قال - رضي الله عنه -: وعن محمد - رحمه الله - أنه يقيم لما بعدها ولا يؤذن، قالوا: يجوز أن يكون هذا قولهم جميعا.

(وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر، فإن أذن على غير وضوء جاز) لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة

ـــــــQابن أمية الضمري وعمران بن حصين وذي مخمر الحبشي الصحابي - رضي الله عنهم - وغيرهم. ورواه مالك في الموطأ عن ابن المسيب مرسلا، وذكر فيه الأذان، ومراسيل ابن المسيب مرفوعة عند الشافعي - رحمه الله -، وما في مسلم في القصة «وأمر بلالا فأقام الصلاة فصلى بهم الصبح» لا ينافي أنه أذن فكيف وقد صح. وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف بإسناده إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حين شغلهم الكفار: قضاهن بأذان وإقامة: يعني الأربع صلوات (قوله وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة) في أحد قوليه وفي الآخر لا، ولا. ثم الأصل عندنا أن يؤذن لكل فرض أدى أو قضى إلا الظهر يوم الجمعة في المصر فإن أداءه بهما مكروه، روي ذلك عن علي، وإلا ما تؤديه النساء أو تقضيه بجماعتهن لأن عائشة - رضي الله عنها - أمتهن بغير أذان ولا إقامة حين كانت جماعتهن مشروعة وهذا يقتضي أن المنفردة أيضا كذلك، لأن تركهما لما كان هو السنة حال شرعية الجماعة كان حال الإفراد أولى، والله سبحانه أعلم (قوله وعن محمد) هو في غير رواية الأصول. وجهه أنهما صلاتان اجتمعتا في وقت واحد فيؤذن ويقام للأولى ويقام للباقية كالظهر والعصر بعرفة. ولهما ما روى أبو يوسف بسنده، وكذا من قدمنا معه «أنه - صلى الله عليه وسلم - حين شغلهم الكفار يوم الأحزاب عن أربع صلوات عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء قضاهن على الولاء، وأمر بلالا أن يؤذن ويقيم لكل واحدة منهن» ، ولأنها صلاة مفروضة يقيمها المخاطب بالإقامة بالجماعة فيقيمها كالجماعة، بخلاف النساء، وصلاة عرفة لو كان على القياس

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥٧/١

لم يعارض النص فكيف وهما **على خلاف القياس؟** قال الرازي: يجوز كون ما قال محمد قولهم جميعا، والمذكور في الكتاب." (١)

"فيراعى جميع ما ورد به النص.

(ويكره لهن حضور الجماعات) يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة (ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء) وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - (وقالا يخرجن في الصلوات كلها) لأنه لا فتنة لقلة الرغبة إليها فلا يكره كما في العيد.

ـــــQلأن المثنى ليس جمعا تاما فكانا كواحدة فلا يتعدى الفساد إلى آخر الصفوف. وعن أبي يوسف الثنتان كالثلاث، وعنه: الثلاث كالثنتين فلا تفسد إلا صلاة خمسة. والصحيح أن بالثلاث تفسد صلاة واحد عن يمينهن وآخر عن شمالهن وثلاثة ثلاثة إلى آخر الصفوف. وفي رواية الثلاث كالصف التام فتفسد صلاة جميع الصفوف التي خلفهن، والقياس في الصف التام أن يفسد به صلاة صف واحد لأنه حائل بينه وبين الصف الذي يليه، لكنهم استحسنوا فساد الكل بنقلهم عن عمر - رضي الله عنه - من كان بينه وبين إمامه طريق أو نهر أو صف من صفوف النساء فليس هو مع الإمام (قوله فيراعى جميع ما ورد به النص) والنص ورد في صلاته مطلقة بناء على أن الفساد بها **على خلاف القياس**، وهذا إنما ينتهض في اشتراط كون الصلاة مطلقة لا في الكل وعلل في تلخيص الجامع بأن المورد الجماعة المطلقة وهي بالشركة والكمال

(قوله يعني الشواب منهن) تقييد في حق عدم الخلاف في إطلاق الحكم لا في أصل الحكم، فإن العجوز ممنوعة عنده في البعض، واعلم أنه صح عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله» وقوله «إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى المسجد فلا يمنعها» والعلماء خصوه بأمور منصوص عليها ومقيسة، فمن الأول ما صح أنه - صلى الله عليه وسلم - قال «أيما امرأة أصابت بخورا فلا تشهد معنا العشاء» وكونه ليلا في بعض الطرق في مسلم «لا تمنعوا النساء من الخروج إلى المساجد إلا بالليل» والثاني حسن الملابس ومزاحمة الرجال لأن إخراج الطيب لتحريكه الداعية فلما فقد الآن منهن هذا لأنهن يتكلفن

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٥١/١

للخروج ما لم يكن عليه في المنزل منعن مطلقا لا يقال: هذا حينئذ نسخ بالتعليل. لأنا نقول: المنع يثبت حينئذ بالعمومات المانعة من التفتين، أو هو من باب الإطلاق بشرط فيزول بزواله كانتهاء الحكم بانتهاء علته، وقد قالت عائشة – رضي الله عنها – في الصحيح: لو أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – رأى ما أحدث النساء بعده لمنعهن كما منعت." (١)

"(ومن دخل مسجدا قد أذن فيه يكره له أن يخرج حتى يصلي) لقوله – عليه الصلاة والسلام – «لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع» قال (إلا إذا كان ممن ينتظم به أمر جماعة) لأنه ترك صورة تكميل معنى (وإن كان قد صلى وكانت الظهر أو العشاء فلا بأس بأن يخرج) لأنه أجاب داعي الله مرة (إلا إذا أخذ المؤذن في الإقامة) لأنه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا (وإن كانت العصر أو المغرب أو الفجر خرج وإن أخذ المؤذن فيها) لكراهة التنفل بعدها.

(ومن انتهى إلى الإمام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر:

ـــــــQبسبب الاقتداء، ولا بأس به كمن أدرك الإمام في سجدة سجدها وهي زيادة على كمال الفرض.

وفي وجه الأخرى أن هذا نقص وقع بسبب الاقتداء، ولا بأس به كما لو اقتدى بالإمام في الظهر بعد ما صلاها وترك الإمام القراءة في الأخريين فإنه تجوز صلاة المقتدي مع خلوهما عن القراءة حقيقة وحكما وهو نقص في صلاة المقتدي، ولم يكره لمجيئه بسبب الاقتداء فالأخير مدفوع بمنع خلوه عن القراءة حكما، وكذا ما قبله فإن زيادة نحو السجدة ليس زيادة تمام ماهية الصلاة، بخلاف زيادة ركعة تامة فلا يلزم من اعتبار ما هو بمحل الرفض اعتبار ما لا يمكن رفضه.

والأوجه ما قيل في وجه الأولى بأنه مخالفة بعد الفراغ، وذلك ليس بممنوع شرعا كالمسبوق. وقد يدفع بأن مراده المخالفة في النية. يعني إذا اقتدى وهو يعلم أن الإمام يصلي ثلاثا ومن عزمه هو أن يصلي أربعا يكون مخالفا لإمامه في النية: وإطلاق قوله – صلى الله عليه وسلم – «إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه» يفيد كراهته وجواز مخالفته في صفة النفلية بالنص المذكور آنفا **على خلاف القياس**، أو نقول: المخالفة في الأداء ممنوع، وإنما أطلقه الشرع بعد الفراغ لقضاء ما فاته ليحصل بذلك الوفاق معنى، وما نحن فيه بخلافه إذ يحصل به الخلاف معنى، ويؤيده تصريح الحديث المذكور أنها بمنعه، غير أنه إن

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١/٣٦٥

دخل ولا بد أتمها أربعا ولو سلم مع الإمام، فعن بشر لا يلزمه شيء، وقيل فسدت ويقضي أربعا لأنه التزم بالاقتداء ثلاث ركعات فيلزم أربع كما لو نذر ثلاثا.

ولو صلى الإمام أربعا ساهيا بعد ما قعد على رأس الثلاث وقد اقتدى به الرجل متطوعا قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: تفسد صلاة المقتدي لأن الرابعة وجبت على المقتدي بالشروع وعلى الإمام بالقيام إليها، فصار كرجل أوجب على نفسه أربع ركعات بالنذر فاقتدى فيهن بغيره لا تجوز صلاة المقتدي كذا هذا.

(قوله يكره له الخروج حتى يصلي) فيه مقيد بما بعده من أن لا يكون صلى وليس ممن تنتظم به جماعة أخرى، فإن كان خرج إليهم وفيه قيد آخر وهو أن يكون مسجد حيه أو غيره وقد صلوا في مسجد حيه، فإن لم يصلوا في مسجد حيه فله أن يخرج إليه والأفضل أن لا يخرج (قولهـ لقوله – صلى الله عليه وسلم – " لا يخرج " إلخ) روى ابن ماجه بسنده عن محمد بن يوسف مولى عثمان بن عفان – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «من أدرك الأذان في المسجد." (١)

"صلاته وأمكنه ذلك لأن ما دون الركعة بمحل الرفض. قال (وألغى الخامسة) لأنه رجع إلى شيء محله قبلها فترتفض (وسجد للسهو) لأنه أخر واجبا.

(وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه) عندنا خلافا للشافعي لأنه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة، ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لأن الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي (وتحولت صلاته نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) خلافا

ـــــــQوهو الأصح، والتوفيق بين ما رواه «أنه – صلى الله عليه وسلم – قام فسبحوا له فرجع» ، وما روي «أنه – صلى الله عليه وسلم – لم يرجع» بالحمل على حالتي القرب من القيام وعدمه ليس بأولى منه بالحمل على الاستواء وعدمه، ثم لو عاد في موضع وجوب عدمه قيل الأصح أنها تفسد لكمال الجناية برفض الفرض لما ليس بفرض، بخلاف ترك القيام لسجود التلاوة لأنه **على خلاف القياس** ورد بـهـ الشرع لإظهار مخالفة المستكبرين من الكفرة وليس فيما نحن فيه معناه أصلا على أنا نقول الجناية هنا بالرفض

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٧٤/١

وليس ترك القيام للسجود رفضا له حتى لو لم يقم بعدها قدر فرض القراءة حتى ركع صحت، هذا وفي النفس من التصحيح شيء وذلك لأن غاية الأمر في الرجوع إلى القعدة الأولى أن يكون زيادة قيام ما في الصلاة وهو وإن كان لا يحل لكنه بالصحة لا يحل لما عرف أن زيادة ما دون الركعة لا تفسد إلا أن يفرق باقتران هذه الزيادة بالرفض، لكن قد يقال المتحقق لزوم الإثم أيضا بالرفض، أما الفساد فلم يظهر وجه استلزامه إياه فيترجح بهذا البحث القول المقابل للمصحح.

(قوله: لأنه أخر واجبا) أي واجبا قطعيا وهو الفرض لأن الكلام في القعدة الأخيرة

(قوله وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي) له أن الحاصل على ذلك التقدير كونه صلاها بزيادة ركعة وذلك ليس بمفسد مثل زيادة ما دونها، وذلك لما روي «أنه – صلى الله عليه وسلم – صلى الظهر خمسا» قلنا اللفظ المذكور يصدق مع ترك القعدة الأخيرة ومع فعلها، ولا دلالة للأعم على خصوص أخص فلا يدل على خصوص محل النزاع، وهو ما إذا صلاها خمسا مع ترك القعدة فجاز كونه مع فعلها، ثم." (١)

"لقوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة» (ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها) لاختلافهما.

ـــــــQفيقع التجاذب والتنازع وذلك يؤدي إلى التقاتل.

وما روي أن عليا – رضي الله عنه – أقام بالناس وعثمان – رضي الله عنه – محصور واقعة حال، فيجوز كونه عن إذنه كما يجوز كونه من غير إذنه فلا حجة فيه لفريق، فيبقى قوله – صلى الله عليه وسلم – «ومن تركها وله إمام جائر أو عادل، ألا فلا جمع الله شمله ولا بارك له في أمره، ألا ولا صلاة له» الحديث رواه ابن ماجه وغيره حيث اشترط في لزومها الإمام، كما يفيده قيد الجملة الواقعة حالا مع ما عيناه من المعنى سالمين من المعارض. وقال الحسن: أربع إلى السلطان، وذكر منها الجمعة والعيدين، ولا شك أن إطلاق قوله تعالى {فاسعوا} [الجمعة: ٩] مقيد بخصوص مكان ومخصوص منه كثير كالعبيد والمسافرين فجاز تخصيصه بظني آخر فيخص بمن أمره السلطان أيضا.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥٠٩/١

(قوله: لقوله – صلى الله عليه وسلم – «إذا مالت الشمس» إلخ) وروي «أنه – صلى الله عليه وسلم – لما بعث مصعب بن عمير إلى المدينة قال: إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة» وفي البخاري عن أنس – رضي الله عنه – «كان – صلى الله عليه وسلم – يصلي الجمعة حين تميل الشمس» ، وأخرج مسلم عن سلمة بن الأكوع – رضي الله عنه – «كنا نجمع مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا زالت الشمس» الحديث. وأما ما رواه الدارقطني وغيره من حديث عبد الله بن سيدان بكسر السين المهملة قال: شهدت الجمعة مع أبي بكر الصديق – رضي الله عنه – فكان خطبته قبل الزوال، وذكر عن عمر وعثمان نحوه، قال: فما رأيت أحدا عاب ذلك ولا أنكره. لو صح لم يقدح في خصوص ما نحن فيه، فكيف وقد اتفقوا على ضعف ابن سيدان.

واعلم أن الدعوى مركبة من صحتها وقت الظهر لا بعده، فيرد أنه إنما يتم ما ذكر دليلا لتمامها إذا اعتبر مفهوم الشرط وهو ممنوع عندهم، أو يكون فيه إجماع وهو منتف في جزء الدعوى؛ لأن مالكا يقول ببقاء وقتها إلى الغروب، والحنابلة قائلون بجواز أدائها قبل الزوال، وقيل إذا كان يوم عيد. ويجاب بأن شرعية الجمعة مقام الظهر **على خلاف القياس**؛ لأنه سقوط أربع بركعتين فتراعى الخصوصيات التي ورد الشرع بها ما لم يثبت دليل على نفي اشتراطها، ولم يصلها خارج الوقت في عمره ولا بدون الخطبة فيه فيثبت اشتراطهما وكون الخطبة في الوقت، حتى لو خطب قبله لا يقع الشرط وعلى اشتراط نفس الخطبة إجماع، بخلاف ما قام الدليل على عدم اشتراطه ككونها خطبتين بينهما جلسة قدر ما يستقر كل عضو في موضعه يحمد في الأولى ويتشهد ويصلي عليه – صلى الله عليه وسلم – ويعظ الناس، وفي الثانية كذلك إلا أنه يدعو مكان الوعظ للمؤمنين والمؤمنات كما قاله الشافعي؛ لأنه قام الدليل عند أبي حنيفة – رحمه الله – على أنه من." (١)

"يجب في المهازيل واحد منها ووجه الأخير أن المقادير لا يدخلها القياس فإذا امتنع إيجاب ما ورد به الشرع امتنع أصلا، وإذا كان فيها واحد من المسان

ـــــــQقوله ووجه الأخير) أي من أقاويل أبي حنيفة وهو قول محمد إن المقادير لا يدخلها القياس، فإذا امتنع إيجاب ما ورد به النص امتنع أصلا.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥٦/٢

والنص ورد بالشاة والبقرة والناقة لا مطلقا بل ذات السن المعين من الثنية والتبيع وبنت المخاض مثلا ولم يوجد فتعذر الإيجاب. فإن قيل: لا نسلم أنه لم يوجب الصغار أصلا، ففي حديث أبي بكر في قتال مانعي الزكاة: لو منعوني عناقا مما كانوا يؤدونه إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لقاتلتهم عليه. فدل أنه كان يعطى في الزكاة: سلمناه، لكن إيجاب الأسنان المعينة لم يتوقف على وجودها في الموجب فيه؛ ألا يرى أنه أوجب في خمس من الإبل شاة، وليست فيها فلم يتوقف إيجابها على أن تكون عنده بل يجب عليه أن يستحدث ملكها بطريقه ويدفعها، فكذا يجب عليه أن يستحدث ملك مسنة ويدفعها.

قلنا أما الأول فيدل على نفيه ما في أبي داود والنسائي عن سويد بن غفلة قال «أتانا مصدق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأتيته فجلست إليه فسمعته يقول: في عهدي: يعني في كتابي أن لا آخذ راضع لبن» الحديث دل بالمطابقة على عدم أخذها مطلقا، وبالالتزام على أن ليس في الصغار واحدة منها، إذ لو كان لأخذت الراضع، وحديث أبي بكر لا يعارضه لأن أخذ العناق لا يستلزم الأخذ من الصغار لأن الظاهر ما قدمنا في حديث المرتدفين في صدقة الغنم أن العناق يقال على الجذعة والثنية ولو مجازا، فارجع إليه فيجب الحمل عليه دفعا للتعارض، ولو سلم جاز أخذها بطريق القيمة لا أنها هي نفس الواجب، ونحن نقول به أو هو على طريق المبالغة لا التحقيق يدل عليه أن في الرواية الأخرى عقالا مكان العناق.

وأما الثاني فإنه يستلزم إيجاب الكرائم وهو منتف بما في الصحيح وغيره من قوله لمعاذ «إياك وكرائم أموالهم» وروي معناه كثيرا حتى صار من ضروريات الزكاة ومناقض لما عرف بالضرورة في أصول الزكوات من كون الواجب قليلا من كثير، وربما نأتي المسنة على غالب الحملان أو كلها خصوصا إذا كانت أسنانها يومين أو ثلاثة فيكون هذا إيجاب إخراج كل المال معنى وهو معلوم النفي بالضرورة، بل يخرج عن كونه زكاة المال فإن إضافة اسم زكاة المال يأبى كونه إخراج الكل.

ويرد عليه أن إخراج الكرائم والكثير من القليل يلزمكم فيما إذا كان فيها مسنة واحدة فإنها بالنسبة إلى الباقي كذلك، غاية الأمر أن لزوم إخراج الكل معنى منتف لكن ثبوت انتفاء إخراج الأكثر في الشرع كثبوت انتفاء إخراج الكل، فما هو جوابكم عن هذا فهو جوابنا عن ذلك. ويجاب بأن الإجماع على ثبوت هذا الحكم في صورة وجود مسنة مع الحملان وهو **على خلاف القياس**: أعني ما قدمنا من." (١)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٨٨/٢

"(والمستحب أن يخرج الناس يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى) «لأنه – عليه الصلاة والسلام – كان يخرج قبل أن يخرج للمصلى» ، ولأن الأمر بالإغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة، وذلك بالتقديم (فإن قدموها على يوم الفطر جاز) لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة، ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وقيل يجوز تعجيلها في النصف الأخير من رمضان وقيل في العشر الأخير (وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم إخراجها) لأن وجه القربة فيها معقول

ـــــــQشوال إذ به يتم الصوم بخلاف ما قبلها، والله أعلم.

(قوله لأنه – عليه الصلاة والسلام – كان يخرج الفطرة قبل أن يخرج من المصلى، ولأن الأمر بالإغناء كي لا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة) يتضمن فعله – عليه الصلاة والسلام – وقوله، وكل ذلك فيما رواه الحاكم في كتابه [علوم الحديث في باب الأحاديث] التي انفرد بزيادة فيها راو واحد، قال: حدثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، حدثنا محمد بن الجهم السمري، حدثنا نصر بن حماد، حدثنا أبو معشر عن نافع عن «ابن عمر قال أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نخرج صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر أو عبد صاعا من تمر أو صاعا من زبيب أو صاعا من شعير أو صاعا من قمح، وكان يأمرنا أن نخرجها قبل الصلاة، وكان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقسمها قبل أن ينصرف إلى المصلى ويقول: أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم» (قوله فإن قدموها على يوم الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب) يعني الرأس الذي يمونه ويلي عليه.

(فأشبه تعجيل الزكاة) ينبغي أن لا يصح هذا القياس، فإن حكم الأصل **على خلاف القياس**، فلا يقاس عليه، وهذا لأن التقديم وإن كان بعد السبب هو قبل الوجوب وسقوط ما سيجب إذا وجب بما يعمل قبل الوجوب خلاف القياس فلا يتم في مثله إلا السمع، وفيه حديث البخاري عن ابن عمر «فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – صدقة الفطر إلى أن قال في آخره وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين» وهذا مما لا يخفى على النبي – صلى الله عليه وسلم – بل لا بد من كونه بإذن سابق فإن الإسقاط قبل الوجوب مما لا يعقل فلم يكونوا يقدمون عليه إلا بسمع، والله سبحانه أعلم.

(قوله هو الصحيح) احتراز عن قول خلف يجوز تعجيلها بعد دخول رمضان لا قبله لأنه صدقة الفطر، ولا فطر قبل الشروع في الصوم، وعما قيل في النصف الأخير لا قبله، وما قيل في العشر الأخير لا قبله.

وقال الحسن بن زياد: لا يجوز التعجيل أصلا (قوله لأن وجه القربة فيها معقول إلخ) ظاهر، وبه يبطل قول الحسن بن زياد أنها تسقط كالأضحية بمضي يوم النحر، والفرق ظاهر من." (١)

"وبإيجاب الإعتاق تكفيرا عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية.

ثم قال (والكفارة مثل كفارة الظهار) لما روينا، ولحديث «الأعرابي فإنه قال: يا رسول الله هلكت وأهلكت. فقال: ماذا صنعت. قال: واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا، فقال - صلى الله عليه وسلم -: أعتق رقبة. فقال: لا أملك إلا رقبتي هذه، فقال: صم شهرين متتابعين. فقال: وهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم فقال: أطعم ستين مسكينا. فقال: لا أجد، فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يؤتى بفرق من تمر. ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا، وقال: فرقها على المساكين فقال: والله ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي، فقال: كل أنت وعيالك، يجزيك ولا يجزي أحدا بعدك» ، وهو حجة على الشافعي في قوله يخير لأن مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه.

ــــــQحكما للعلم بذلك الاستواء غير متوقف فيه على أهلية الاجتهاد، أعني بعد حصول العلمين يحصل العلم الثالث، ويفهم كل عالم بهما أن المؤثر في لزومها تفويت الركن لا خصوص ركن (قوله: وبإيجاب الإعتاق إلخ) جواب عن قوله في وجه مخالفة القياس لارتفاع الذنب بالتوبة، وهو غير دافع لكلامه لأنه يسلم أن هذا الذنب لا يرتفع بمجرد التوبة، ولهذا يثبت كونها **على خلاف القياس** يعني القاعدة المستمرة في الشرع.

(قوله: ولحديث الأعرابي) في الكتب الستة عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «أتى رجل النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: هلكت، قال: ما شأنك؟ قال: وقعت على امرأتي في رمضان، قال: فهل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال لا. قال: فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكينا قال: لا، قال اجلس، فأتي النبي - صلى الله عليه وسلم - بعرق فيه تمر فقال: تصدق به، قال: على أفقر مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتيها يريد الحرتين، أهل بيت أفقر من أهل بيتي، فضحك - عليه الصلاة والسلام - حتى بدت ثناياه وفي لفظ أنيابه وفي لفظ نواجذه، ثم قال: خذه فأطعمه أهلك»

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢/٢٩٩

وفي لفظ لأبي داود زاد الزهري: وإنما كان هذا رخصة له خاصة، ولو أن رجلا قال ذلك اليوم لم تكن له بد من التكفير. قال المنذري: قول الزهري ذلك دعوى لا دليل عليها، وعن ذلك ذهب سعيد بن جبير إلى عدم وجوب الكفارة على من أفطر في رمضان بأي شيء أفطر.

قال: لانتساخه بما في آخر الحديث بقوله «كلها أنت وعيالك» اهـ. وجمهور العلماء على قول الزهري، وما رفع المصنف قوله «يجزيك." [١]

"(والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات) والأصل فيه قوله تعالى {وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين} [البقرة: ١٨٤] قيل معناه: لا يطيقونه، ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء

ــــــQأنه الولد في الفرع. قلنا القياس ممتنع بشرع الفدية **على خلاف القياس**، إذ لا مماثلة تعقل بين الصوم والإطعام، والإلحاق دلالة متعذر، لأن الشيخ يجب عليه الصوم بالعمومات ثم ينتقل إلى الفدية لعجزه عنه، والطفل لا يجب عليه بل على أمه، ولم ينتقل عنها شرعا إلى خلف غير الصوم، بل أجيز لها التأخير فقط رحمة على الولد إلى خلف هو الصوم، بخلاف الشيخ فإنه لا قضاء عليه بل أقيمت الفدية مقام الصيام في حقه. وحاصل الدفع فيهما أنه اختلف الحكم في الأصل والفرع فإنه في الأصل وجوب الفدية عوضا عن الصوم لسقوطه بها ولا سقوط في الحامل.

(قوله ويطعم إلخ) وعن الطحاوي أنه لا فدية عليه، وهو مذهب مالك - رحمه الله - لأنه عاجز عجزا مستمرا إلى الموت، فكان كالمريض إذا مات قبل أن يصح، والمسافر قبل أن يقيم، وهذه الآية منسوخة. وعن سلمة بن الأكوع لما نزلت هذه الآية {وعلى الذين يطيقونه فدية} [البقرة: ١٨٤] الآية.

كان من أراد أن يفطر ويفدي فعل، حتى أنزلت الآية التي بعدها نسختها. ولنا ما روى عطاء أنه سمع ابن عباس - رضي الله عنه - يقرأ {وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين} [البقرة: ١٨٤] قال ابن عباس - رضي الله عنه -: " ليست بمنسوخة، وهي للشيخ الكبير، والمرأة الكبيرة لا يستطيعان أن يصوما فيطعمان مكان كل يوم مسكينا " رواه البخاري. وهو مروي عن علي بن أبي طالب.

وابن عباس وابن عمر وغيرهم من الصحابة - رضي الله عنهم -، ولم يرو عن أحد منهم خلاف ذلك فكان

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢/٣٤٠

إجماعا.

وأيضا لو كان لكان قول ابن عباس - رضي الله عنهما - " ليست بمنسوخة " مقدما لأنه مما لا يقال بالرأي بل عن سماع لأنه مخالف لظاهر القرآن لأنه مثبت في نظم كتاب الله تعالى، فجعله منفيا بتقدير حرف النفي لا يقدم عليه إلا بسماع." (١)

"ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به، وهو الجمع بالجماعة مع الإمام والتقديم لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف لا لما

ـــــQقلنا: الأصل أن كل فرض بأذان ترك فيما إذا جمع بينهما على وجه معين فعند عدمه يعود الأصل

(قوله فرض بالنصوص) لقوله تعالى {إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا} [النساء: ١٠٣] أي فرضا موقتا وفي حديث «من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر» (قوله والتقديم إلخ) لا حاجة إلى تعليل الجمع الوارد بأنه لصيانة الجماعة إبطالا لتعليلهما، بل يكفي في بيان أنه لا يجوز ارتكابه في غير مورد من حالة الانفراد بيان ثبوته **على خلاف القياس**، ثم إنه يتراءى أن ما أبداه سببا للجمع مناف لما ذكره آنفا من قوله ولهذا: أي لتحصيل مقصود الوقوف قدم العصر على وقته، إلا أن يدعي أن ذلك خرج على قولهما لا قوله ثم ما عينه أولى لما ذكر من أنه لا منافاة: أي بين الوقوف والصلاة فإنه واقف بعرفة حال كونه نائما أو مغمى عليه فكيف لا يكون حال كونه." (٢)

"ذكراه إذ لا منافاة، ثم عند أبي حنيفة - رحمه الله -: الإمام شرط في الصلاتين جميعا. وقال زفر - رحمه الله -: في العصر خاصة لأنه هو المغير عن وقته، وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج. ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن التقديم **على خلاف القياس** عرف شرعه فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه، ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للإحرام على وقت الجمع،

ـــــQمصليا.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢/٣٥٦

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢/٤٧١

وإن أراد الوقوف المتوجه فيه إلى الدعاء وكل ذلك فضيلة وامتداده وعدم تفريقه. قلنا تفريقه بالنوم والحديث ليس بمكروه وترك الجمعة مكروه لأنها واجبة أو في حكم الواجب على ما أسلفناه في باب الإمامة، وعدم خروج الصلاة عن وقتها فرض، فإذا ثبت بلا مرد إخراجها في صورة فالحكم بأنه لتحصيل واجب أو ما هو قريب منه أولى من جعله لتحصيل فضيلة، ولذا لم يختلف فيه مع الجماعة بخلافه مع الانفراد فيه اختلاف روي عن ابن مسعود – رضي الله عنه – منعه (قوله وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج) الحاصل أن جواز الجمع مشروط عند أبي حنيفة بالإحرام بالحج في الصلاتين جميعا، وعندهما في العصر فقط، وبالجماعة فيهما عنده، وهذا قول زفر – رحمه الله – أيضا غير أنه يشترطهما في العصر ليس غير (قوله ولأبي حنيفة – رحمه الله –) تقريره ظاهر.

وفي المبسوط وجه قول أبي حنيفة أن العصر في هذا اليوم كالتبع للظهر لأنهما صلاتان أديتا في وقت واحد والثانية مرتبة على الأولى فكانا كالعشاء مع الوتر. وينبغي أن يزاد بعد قوله صلاتان واجبتان. قال: ولما جعل الإمام شرطا في التبع كان شرطا في الأصل بطريق الأولى.

ودليل التبعية لغيره أنه لا يجوز العصر في هذا اليوم إلا بعد صحة الظهر، حتى لو تبين لغيم أنهم صلوا الظهر قبل الزوال والعصر بعده لزمهم إعادة الصلاتين، وكذا لو جدد الوضوء بين الصلاتين ثم ظهر أن الظهر صلى بغير وضوء لزمه إعادة الصلاتين، بخلاف الوتر فيما تقدم لا يعيده عند الإمام. والفرق أن الوتر أداؤه في وقته بخلاف العصر، ولما كان في لزوم الأولوية خفاء اقتصر المصنف على ما ذكره." (١)

"لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة. فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود

ـــــــQوفيه رواية ثالثة هي رواية أبي حفص أنه تجب عليه الصدقة؛ لأن طواف الجنب معتد به حتى يتحلل به إلا أنه ناقص، والواجب بترك طواف الصدر الدم فلا يجب بالنقصان ما يجب بالترك. والجواب أن مناط وجوب الدم كمال الجناية وهو متحقق في الطواف مع الجناية فيجب به كما يجب بتركه، ولذا حققنا وجوب الدم بطواف القدوم جنبا، ولا يلزم بتركه شيء أصلا؛ لثبوت الجناية في فعله جنبا وعدمها في تركه فالمدار الجناية. فإن قلت: ذكر الشيخ في الفرق بين لزوم الدم في طواف الزيارة محدثا والصدقة في طواف القدوم محدثا، وإن كان فيه إدخال النقص في الواجب بالشروع أنه إظهار التفاوت بين ما وجب

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٧٢/٢

بإيجاب الله تعالى ابتداء وبين ما يتعلق وجوبه بإيجاب العبد، وهذا الفرق ثابت بين طواف القدوم والصدر فلم اتحد حكمهما؟ فالجواب منع قيام الفرق فإن وجوبه مضاف إلى الصدر الذي هو فعل العبد كوجوب طواف القدوم بفعله وهو الشروع، ولهذا لو اتخذ مكة دارا لم يجب لعدم فعل الصدر. وفي المحيط لو طاف للعمرة جنبا أو محدثا فعليه شاة، ولو ترك من طواف العمرة شوطا فعليه دم؛ لأنه لا مدخل للصدقة في العمرة.

(قوله: يسير) لرجحان جانب الوجود بالكثرة. وعن هذا ما ذكر من أن الركن عندنا هو الأربعة الأشواط، والثلاثة الباقية واجبة؛ لأن تركها يجبر بالدم، وإنما يجبر به الواجب. وهذا حكم لا يعلل به؛ لأنه محل النزاع إذ جبرها بالدم ممنوع عند من يخالف فيه وهم كثيرون، بل جبرها به لإقامة الأكثر مقام الكل. وسبب اختصاص هذه العبادة به على خلاف الصلاة والصوم إذ لا يقام الأكثر منهما مقام الكل قوله – عليه الصلاة والسلام – «الحج عرفة» ، ومن وقف بعرفات فقد تم حجه مع العلم ببقاء ركن آخر عليه، وحكمنا لهذا بالأمن من فساد الحج إذا تحقق بعد الوقوف ما يفسده قبله. فعلمنا أن باب الحج اعتبر فيه شرعا هذا الاعتبار والطواف منه فأجرينا فيه ذلك، وهذا هو الأوجه في إثبات الإقامة المذكورة. وإنما قلنا: إن هذا الوجه أوجه؛ لأن الوجه الآخر غير منتهض، وهو أن المأمور به الطواف وهو يحصل بمرة، فلما فعله – عليه الصلاة والسلام – سبعا احتمل كونه تقديرا للكمال ولما لا يجزي أقل منه فيثبت المتيقن من ذلك وهو أنه شرط للكمال أو للاعتداد، ويقام الأكثر مقام الكل كإدراك الركوع يجعل شرعا إدراكا للركعة، وكالنية في أكثر النهار للصوم تجعل شرعا في كله. ولا يخفى أن المأمور به التطوف، وهو أخص يقتضي زيادة تكلف، وهو يحتمل كونه من حيث الإسراع ومن حيث التكثر، فلما فعله – عليه الصلاة والسلام – متكثرا كان تنصيصا على أحد المحتملين، ثم وقوع التردد بين كونه للكمال أو للاعتداد على السواء لا يستلزم كون الم‍تيقن كونه للكمال فإنه محض تحكم في أحد المحتملين المتساويين، بل في مثله يجب الاحتياط فيعتبر للاعتداد؛ ليقع اليقين بالخروج عن العهدة. وعلى اعتبار كونه للاعتداد يكون إقامة أكثره مقام كله منافيا له في التحقيق، إذ كون السبع للاعتداد معناه أنه لا يجزي أقل منها.
وإقامة الأكثر لازمه حصول الإجزاء بأقل من السبع فكيف يرتب لازما على شيء وهو مناف للملزوم، ثم بتقديره فإثباته بإلحاق مدرك الركوع والنية باطل. أما إدراك الركعة بالركوع فبالشرع **على خلاف القياس**، ولذا لم يقل بإجزاء ثلاث ركعات عن الأربع قياسا. وأما النية فبعيد أنه من رد المختلف إلى المختلف فإنا نعتبر

الإمساكات السابقة على وجود النية متوقفة على وجودها، فإذا وجدت بأن ينوي أنه صائم من أول النهار تحقق." (١)

"باب الإحصار (وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل) وقال الشافعي - رحمه الله -: لا يكون الإحصار إلا بالعدو؛ لأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر؛ لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدو لا من المرض. ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا: الإحصار بالمرض والحصر بالعدو

ـــــQ [باب الإحصار]

) هو من العوارض النادرة وكذا الفوات فأخرهما. ثم إن الإحصار وقع له - عليه الصلاة والسلام - فقدم بيانه على الفوات. والإحصار يتحقق عندنا بالعدو وغيره كالمرض وهلاك النفقة وموت محرم المرأة أو زوجها في الطريق، وفي التجنيس في سرقة النفقة إن قدر على المشي فليس بمحصر، وإلا فمحصر؛ لأنه عاجز، ولو أحرمت ولا زوج لها ولا محرم فهي محصرة لا تحل إلا بالدم؛ لأنها منعت شرعا آكد من المنع بسبب العدو. وقال الشافعي - رحمه الله -: لا إحصار إلا بالعدو. (قوله: لأن التحلل شرع في حق المحصر؛ لتحصيل النجاة) من السبب المانع (وبالإحلال ينجو من العدو لا المرض) ولا يخفى أنه يرد على هذا ببادئ النظر أن يقال إن قلت إنه لم يشرع إلا؛ للنجاة من السبب منعنا الحصر، وإن أردت أنه من أسباب شرعيته لم يفد نفي شرعيته في محل النزاع، فلذا جعل بعضهم هذا الوجه مبنيا على الاستدلال بالآية، هكذا الآية وردت؛ لبيان حكم إحصاره - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه وكان بالعدو، وقال في سياق الآية {فإذا أمنتم} [البقرة: ١٩٦] إلى آخرها، فعلم أن شرعية الإحلال في العدو كان؛ لتحصيل الأمن منه، وبالإحلال لا ينجو من المرض ولا يكون الإحصار بالمرض في معناه، فلا يكون النص الوارد في العدو واردا في المرض فلا يلحق به دلالة ولا قياسا؛ لأن شرعية التحلل قبل أداء الأفعال بعد الشروع في الإحرام **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه.

(وقوله فـإنهم قالوا: الإحصار بالمرض والحصر بالعدو) أفاد هذا أن مراده بقوله." (٢)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/٥٥

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/١٢٤

"(ويجوز تزويج الحرة عليها) لقوله – صلى الله عليه وسلم – «وتنكح الحرة على الأمة» ولأنها من المحللات في جميع الحالات إذ لا منصف في حقها.

(فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يجز عند أبي حنيفة – رحمه الله –، ويجوز عندهما) لأن هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث بهذا. ولأبي حنيفة – رحمه الله – أن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فيبقى المنع احتياطا، بخلاف اليمين لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها.
ـــــQوالانضمام إلى أمة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام إلى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الأحكام من مناسبة ذلك. ولا يبعد أن لزيادة غيظ الحرة زيادة معتبرة دخلا أيضا، أما أصل غيظها فلا أثر له فإنه يحصل بإدخال الحرة أيضا على الأمة. وعلى هذا التقرير يندفع من الأصل ما يورد من أن الانضمام يصدق على ما إذا أدخل الحرة أيضا على الأمة فيلزم أن يفسد نكاح الأمة بإدخال الحرة عليها.
ويجاب بأن الانضمام يقوم بالمتأخر لأنه المنضم إلى غيره ثم يتعلق بالمتقدم. ومنهم من جعل منع إدخال الأمة بالنص **على خلاف القياس**. وتعليل الكرخي أن بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية، وحق الحرية لا يجوز إبطاله بعد ثبوته، فأما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت للنسل ذلك. هذا وأما حالة المقارنة وهو أن يتزوج حرة وأمة في عقدة فيجتمع في الأمة محرم ومبيح فتحرم. واعلم أن التعليل في الأصل إنما هو للقياس، ويستدعى أصلا يلحق به منصوصا أو مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة

(قوله فإن تزوج أمة على حرة إلخ) وكذا المدبرة وأم الولد قيد بالبائن لأن في عدة الرجعى لا يجوز نكاح الأمة اتفاقا، وقولهما قول ابن أبي ليلى لأن المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالأخت في عدة الأخت وإلا حرم إدخال الحرة عليها بل تزوج الأمة على الحرة وهو منتف.
لا يقال: تزوج عليها إذا تزوج وهي مبانة معتدة، ولذا لو حلف لا يتزوج على امرأته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث، وكذا جاز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد أو وطء بشبهة. ولأبي حنيفة أن العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبارها يعد قائما من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لأن الشبهة في الحرمات كالحقيقة احتياطا. وأما جواز نكاح الأمة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل إنما

هو قولهما لا قوله، ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه. وأما مسألة اليمين فإنما لا يحنث فيها للعلم بأن المقصود من حلفه أن لا يتزوج عليها هو أن لا يدخل عليها شريكة في القسم، ولأن العرف." (١)

"لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف، ثم المخبر إن كان فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة - رحمه الله -

ـــــــQأو بكت بغير صوت فهو رضا وإلا فلا اهـ. وقال ابن مقاتل: لا يكون السكوت بعد العقد رضا؛ لأن كونه قبله رضا **على خلاف القياس** بالنص، وأما بعده فالحاجة إلى الإجازة والسكوت لا يكون إجازة؛ لأنه ليس في معنى المنصوص، فإن السكوت عند الاستئمار ليس ملزما وبعده إذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت.

وعن أبي يوسف: السكوت بعد العقد رد ذكره في البدائع، قال: وهو قول محمد، والأصح الأول؛ لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده، فكما كان إذنا قبله لدلالته على الرضا وجب أن يكون إجازة بعده لدلالته عليه، ولا أثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على أن الحق أنه ملزم في كل منهما، غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستأذن. فإن قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية أبي يوسف بالنص وهو رواية الأئمة الستة عن أبي هريرة عنه - صلى الله عليه وسلم - قال «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: أن تسكت» فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستئذان.

فالجواب أن الاتفاق على أنها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع أنه متناول ظاهر النهي، فعلم أن الاتفاق على أن المراد بالنهي المنع عن تنفيذ العقد عليها وإبرامه قبل إذنها، وإنما الخلاف في أن الإجازة بعد العقد بماذا تكون، فقلنا: دل النص على كونها بما كان الإذن به قبله، ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق، على أن المراد منه ما ذكرنا، وعلى هذا فرعوا أنه لو استأذنها في معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الأصح، بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت حيث لا يجوز؛ لأن العقد بطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ، ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما إذا زوج قبل الاستئذان، إذ غالب حالهن إظهار النفرة عند فجأة السماع. هذا والأوجه عدم الصحة؛ لأن ذلك الرد الصريح لا ينزل عن

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٣٨/٣

تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا، ولو كانت قالت قد كنت قلت لا أريده ولم تزد على هذا لا يجوز النكاح للإخبار بأنها على امتناعها.

[فروع] ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكتت؛ فعن محمد بطلا كما لو أجازتهما معا وهو القياس؛ لأن سكوتها رضا. وظاهر الجواب أنهما يتوقفان حتى تجيز أحدهما بالقول أو بالفعل، ونقله في البدائع عن محمد فعنه حينئذ روايتان. ولو زوجها من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعدما قال لها إن أقواما." (١)

"نوى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوع، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع.

قال (ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها، حتى لو قال لها: اختاري فقالت قد: اخترت فهو باطل) لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين، ولأن المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام (ولو قال لها: اختاري نفسك فقالت: اخترت تقع واحدة بائنة) لأن كلامه مفسر، وكلامها خرج جوابا له فيتضمن إعادته

ـــــــQبخلاف التفويض بقوله: أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم.

وقيل الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار **على خلاف القياس** بإجماع الصحابة، وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة، بخلاف تلك المسائل: أي بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة، وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت أن الواقع به ثلاث قولا بكمال الاستخلاص.

(قوله: ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة، وكذا إذا قالت: اخترت أبي وأمي أو الأزواج أو أهلي بعد قوله: اختاري يقع لأنه مفسر في الأزواج ظاهر، وكذا أهلي لأن الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلي إنما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج: الحقي بأهلك، بخلاف قولها: اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع، وينبغي أن يحمل على ما إذا

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣/٢٦٨

كان لها أب أو أم.

أما إذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لأنها تكون عنده عادة عند البينونة إذا عدمت الوالدين، وإنما اكتفى بذكر هذه الأشياء في أحد الكلامين لأنها إن كانت في كلامه تضمن جوابها إعادته كأنها قالت: فعلت ذلك، وإن كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة في اللفظ العامل في الإيقاع فالحاجة معه ليس إلا إلى نية الزوج، فإذا فرض وجودها تمت علة البينونة فتثبت، بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لأن المبهم لا يفسر المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم، ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره.

وأيضا الإجماع إنما هو في المفسر من أحد الجانبين، والإيقاع بالاختيار **على خلاف القياس** فيقتصر على مورد النص فيه، ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلا كاسقني، وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه، ولو قال: اختاري فقالت: اخترت نفسي لا بل زوجي يقع، ولو قدمت زوجي لا يقع.

والوجه عدم صحة الرجوع في الأول وخروج الأمر من يدها في الثاني، ولو قالت: اخترت نفسي أو زوجي لم يقع، ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو." (١)

"والأمر باليد يحتمله، فيوقت الأمر بالأول وجعل الثاني أمرا مبتدأ (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك، فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد) لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال: أمرك بيدك في يومين.

وعن أبي حنيفة – رحمه الله – أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع.

ـــــQاليوم وغدا فإنه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله: أمرك بيدك في يومين، وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا، على أن على ما روى ابن رستم من أنه إذا قال: أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين،

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٨٠

بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه.

وأيضا في: طالق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضا، بخلاف: أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه، وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف إلى اليوم وغد لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى: أعني أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله: وعن أبي حنيفة في مسألة أمرك بيدك اليوم وغدا أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه، ووجهه أن المرأة لا تملك رد إيقاع الزوج لو نجز، فكذا لا تملك رد الأمر لأنه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو، فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد، ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعدما خيرها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها.

وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الإعراض أو اختيارها زوجها، فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك، ويضاف توقيت التمليك بهذه إلى الإجماع **على خلاف القياس** مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الإجارة.

والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين: كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض.

والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية إذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر، وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الإعراض بخلاف الإجارة.

وأما تقريره بأن المخير بين أمرين إنما له اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت." (١)

"(وإن قال لها: طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أي وقت شئت.

(وإذا قال لرجل: طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لأنه توكيل وأنه استعانة،

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩١/٤

فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس، بخلاف قوله لامرأته: طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل: طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر – رحمه الله –: هذا والأول

ــــــQأجنبي لها طلقي فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها، وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا، والتوكيل استعانة، فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض، وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقي وأبرئ ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر، وإن عدم الرجوع أيضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة، وأنه لا حاجة إلى ترتبه على معنى التعليق المستخرج لأنه يمكن مثله في الوكالات والولايات، فلو صح لزم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية. وأما الاقتصار على المجلس فبالإجماع **على خلاف القياس**.

(قوله وإن قال لها: طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم. ويرد على قول أبي حنيفة في " إذ " أنها عنده بمنزلة " إن " فلا تقتضي بقاء الأمر في يدها، وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وأن تعمل ظرفا والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك، وصار كما إذا قال في أي وقت شئت، ولأنها إنما تملك ما ملكت، وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها، وبهذا يتضح أن هذا إضافة للتمليك لا تنجيز.

ومن فـروع ذلك أنها إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها، وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى.

(قوله وإذا قال لرجل: طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله) أي للقائل (أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر، وللوكيل أن يفعله بعد المجلس، بخلاف قوله لها:

طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا (ولو قال لرجل: طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع. وقال زفر: هذا والأول) وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا." (١)

"أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار. وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض، فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد – رحمه الله –، وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعدما تعلق حقها بماله. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه.

قال (وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة، ولكنا نقول: المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا. ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي

ـــــQبالشرط، ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسألة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه إن ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط، وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا.

وأجاب في الكافي بأن حكم الفرار ثبت **على خلاف القياس** بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا، ولا كذلك الضمان، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار (وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأبوين) ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة (قوله كما في الإكراه) بأن أكره إنسانا على إتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل إليه، فكذا هنا، وكفعل القاضي فإنه ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق.

وفي مبسوط فخر الإسلام: الصحيح ما قاله محمد

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٩٩

(قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته، وقد ظهر خلافه.
أو نقول: هو بطلاقه فار لكن الفرار إنما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أي بائنا." (١)

"(والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) لأنها حلال للزوج إذ النكاح قائم بينهما، ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه: له ذلك لقيام النكاح، ولهذا له أن يغشاها عندنا. ولنا قوله تعالى {لا تخرجوهن من بيوتهن} [الطلاق: ١] الآية، ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج. وقوله حتى يشهد على رجعتها
ـــــــQالعدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالأول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء، وإذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة، وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة، وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا أن العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا.
وقوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لأن اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بولادته، ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيئا أصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء

(قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف: أي مجلو وهو أن تجلو وجهها وتصقله (قوله إذ النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٥٤/٤

ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فإنها تحرم على الزوج لنص فيها **على خلاف القياس** وهو قوله تعالى {لا تخرجوهن من بيوتهن} [الطلاق: ١] نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى {لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا} [الطلاق: ١] أي يبدو له أن يراجعها، ولحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام.

قيل ولا دلالتها لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها.

وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة، وجوابه الفرق بالحل والحرمة." (١)

"ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه، أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس، ولا خيار في الأيمان، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق.

ـــــQوجود الشرط، وشرط اليمين إذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها، ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين، وإذا بطل انبرم ما شرط فيه (وله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع) يعني معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه إذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ما وراء المجلس) بالاتفاق بيننا، حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدي لا يصح، ولو ذكرته بصريح الشرط.

في الكافي للحاكم أبي الفضل إذا قالت إن طلقتني ثلاثا فلك علي ألف، فإن فعل في المجلس فله الألف، وإن فعله بعده فلا شيء له (وفي جانبه يمين) كما قالا (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أو هي طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ما وراء المجلس) فلا يبطل إلا أن ينقضي مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل، ويصح تعليقه وإضافته، حتى لو قال إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال، ولا يصح قبولها قبل الغد لأن نفس الإيجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله، ولا يصح القبول قبل الإيجاب (ولا خيار في الأيمان) فبطل خياره، ويصح في البيع فيصح خيارها، وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته في نفسه؛ ألا ترى أنه لو قال إن بعتك هذا فعبدي حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٧٤/٤

من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار، بخلاف ما لو قال إن دخلت فأنت طالق على أنك بالخيار لا يصح لأنه خيار في الطلاق لا معاوضة. فإن قيل: ثبوت الخيار في البيع بالنص **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه غيره.

فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص، فإن ثبوته في البيع لدفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضر، والحاجة إلى التروي فيه أكثر، فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا، وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد في العتاق) أي على مال (كجانبها في الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له إذا قال أنت حر على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام.." (١)

"وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وإن أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة.

ـــــQالعبد لصدق كون المجموع قبل التماس، وكون السبب النسيان لا أثر له في نفي هذا الواقع وعدم إفساد الصوم بالنص **على خلاف القياس**، وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء.

لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم (قوله وإن أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض. ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت؛ كما لو." (٢)

"ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء.

(وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) إذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع، ثم إعتاق الحمل صحيح

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٣١/٤

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٦٧/٤

ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا.

(ولو أعتق الحمل على مال صح) ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز ــــــQقوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه.

(قوله عتق حملها) بإجماع الأربعة، ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين، وقولهم مروي عن ابن عمر وأبي هريرة. وقال أبو يوسف: إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمنفصل في حق الأحكام حتى تنقضي به العدة. ولو مات وهو في هذه الحالة ورث، بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر.

(قوله ثم إعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فإنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعا له، ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها. والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة.

(قوله لما فيه من قلب الموضوع) وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص **على خلاف القياس**، وقد يقال هذا إنما يرد نقضا لو كان عتق أم الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه. وليس كذلك؛ لأنه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا ليحتاج إلى الجواب بأنه خرج بالنص **على خلاف القياس**، وسنذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه.

(قوله والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه.." (١)

"قسم والقسمة تنافي الشركة.

وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٤٥٤

غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه.

ـــــQلهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزئ الإعتاق كقوله «فقد عتق منه ما عتق» وحديث «فعليه خلاصه في ماله» وقوله - عليه الصلاة والسلام - «من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسرا» في الصحيحين، وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم «من أعتق عبدا بين اثنين، فإن كان موسرا قوم عليه ثم عتق» والتي ظاهرها عدم تجزيئه كحديث أبي المليح عن أبيه «أن رجلا أعتق شقصا له من غلام، فذكر ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: ليس لله شريك، وأجاز عتقه» رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين في ماله. وفي لفظ «هو حر كله ليس لله شريك» وحديث البخاري عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عنه - صلى الله عليه وسلم - «من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق» كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير، ولذا اختار الطحاوي قولهما. ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء، والقسمة تنافي الشركة.

واستدل لأبي حنيفة - رحمه الله - بقوله (إنه) أي الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه) وإن وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبغ غيره فانصبغ به فإن لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون، وهذا يفيد أن تضمين المعتق **على خلاف القياس**؛ لأنه إذا كان القياس تضمين." (١)

". . . . .

ـــــQالعبد كان تضمين غيره غيره، وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره. وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسرا لا إذا كان موسرا.

وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٤٦٥

الإعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح. وأجاب: والتحقيق في إيراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين، وعند عدمه وهو الإعسار الاستسعاء، والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب. وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط، وهو إنما يقتضي الوجود عند الوجود، وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافي الشركة مطلقا، بل ذاك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله – عليه الصلاة والسلام – «وإذا قال: سمع الله لمن حمده فقولوا: ربنا لك الحمد» وليس بشيء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته في اختلاف حكم القسمة. وفي الكافي: جهل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا، ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. فإن قيل: فمن أي وجه أفادت القسمة نفي الشركة؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره. وغاية ما يمكن أن يقال: إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على **خلاف** الدليل الظاهري، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقي جوازه. ولا يخفى أن في هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه في قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه في نفي أصل جوازه، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن. وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعيين الاستسعاء إنما هو في غير ما إذا كان المقصود التقرب إلى الله تعالى بنفس التصرف في المحل، أما إذا كان وله قدرة على إتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم إتمامها يوجب إتعابا للآخر وهو العبد، بخلاف ما إذا لم يكن قادرا فإنه لا يلزمه يكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة.

وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما **على خلاف القياس** في صورة الإعسار بناء على أنه ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه، إذ لا شك في أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا؛ لأنه ليس جناية على الغير وإن فسدت مالية

باقي العبد، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره. فالحق أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص خصصه. وفي المسألة قول الثوري والليث أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية." (١)

"وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب، كما إذا قال لغيره: كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه. .

ـــــQيكن رضا بإعتاقه كما ذكرنا. وأما إيراده على قولهما هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر، ولا يملك إلا بالضمان. والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه له هنا.

(قوله وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد، وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له، ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والإعسار، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لأن وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه.

وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق، ويقال ضمان جناية وليس بصواب لأنه لا جناية في عتق الإنسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك، فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص، بخلاف القياس، ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالإبنية وعدمها.

وروي عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالإبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فنضمنه، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالما. وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله، كما إذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٦٦/٤

الغاصب. والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم أيضا، وإنما قلنا **على خلاف القياس** لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار، ألا يرى أن من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا. فإن قلت: قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو." (١)

"وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا فيضمنه، ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر.

قال (وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وقالا: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها)

ـــــQواستسعاء العبد مختارا أو جبرا بإجارته فهو يحقق ما قلنا من أنه لا يبقى فيه الرق إلى أن يؤدي السعاية، والله أعلم.

(قوله وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما إلخ) يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا لشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا) **ف**يضمن ثلثي قيمته لشريكيه (ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك) لأنه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاد) أي ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد) لا ضمان تملك، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص **على خلاف القياس**، وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لأن العتق كله من جهته. واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالا: إن العتق يثبت من جهة

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٤٧٧

المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه، وحينئذ يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس.

(قوله وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما) أي لا تخدم فيه أحدا (ويوما تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له، وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة، كذا ذكره الفقيه أبو الليث. ووجه." (١)

"وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في إسقاط التقوم، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا. وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين، وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم.

ـــــQعلى اعتقادهم كما في مالية الخمر، أو أن ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضمونا عليها وإن لم يكن متقوما، كالقصاص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله.

وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة.

وأما قوله في الكتاب (وهذا لأن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الإثبات، إذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها، وإنما هو بيان حكمة شرعية. عدم تقومها: يعني أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال: كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم؟ فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم، وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الإجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الإجماع عليه، وكذا يدل على عدم التقوم قوله - عليه الصلاة والسلام - «أعتقها ولدها» بهذا الطريق، وهو أنه يدل على تنجز العتق، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم. فإن قيل: فالتدبير أيضا

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٤٨٤

كذلك: أي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب أن ينتفي تقوم المدبر على وزن انتفائه بسبب أمومية الولد. فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال **على خلاف القياس** في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه، لأن ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل: يعني فتتأخر سببيته لسقوط التقوم." (١)

"وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط؛ لقيام الأهلية عنده فافترقا؛ ولأنه وصية خلافة في الحال كالوراثة وإبطال السبب لا يجوز، وفي البيع وما يضاهيه ذلك.

قال: (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وإن

ـــــQبيعه **على خلاف القياس** لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر - رضي الله عنه - لا يصلح لمعارضة حديث جابر. وأيضا ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي أعتقه مولاه في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان عتقه عن دبر فأمره أن يبيعه فيقضي دينه الحديث.

فقال أبو جعفر: شهدت الحديث عن جابر «إنما أذن في بيع خدمته» رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن." (٢)

"ذلك نقل إجماع الصحابة - رضي الله عنهم -

ـــــQوالمراد ولد المدبرة المطلق، أما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا، هذا هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: ولد المدبر مدبر، وليس بصحيح؛ لأن الولد يتبع أمه لا أباه، فإن زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا، أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حرا عبدا مدبرا أو لا، ثم المراد الولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذي حملت به بعد التدبير، أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤/٤٨٩

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٥/٢٣

أما الذي كان حملا فبالإجماع كما لو أعتقها وهي حامل وأما الذي حملت، به بعده ففي قول أكثر أهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاووس والحسن بن صالح ومالك وأحمد، وللشافعي فيه قولان، قال المصنف: وعلى هذا إجماع الصحابة: يعني الإجماع السكوتي، فإنه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود – رضي الله عنهم – ولم يرو عن غيرهم خلاف، ولا يخفى أن سريان التدبير إلى الولد **على خلاف القياس** بالإجماع فلا يقبل فيه إشكال مما ذكر من طرف الشافعي. ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى؛ لأنها تدعي حق العتق لولدها، ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لإثباتها زيادة حق العتق.

واعلم أنه إذا حلف المولى يحلف على العلم؛ لأنه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير، وذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير. واعلم أنه إذا دبر الحمل وحده فإنه جائز كعتقه وحده، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان مدبرا وإلا لا، ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لأقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية، ولو دبر أحدهما ما في بطنها بأن قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر أنت حرة بعد موتي فولدت لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول فالولد مدبر بينهما؛ لأنه كان موجودا حين دبر الأول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من الأول ولأقل منها من تدبير الأم فالولد كله مدبر للذي دبر الأم؛ لأن ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للأم باعتبار أنه كالجزء، وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الأم، وأما الأم فنصفها مدبر للذي دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها إن كان موسرا وبين أن يستسعيها فتعتق الأم بضمان والولد المدبر بلا ضمان؛ ولأن الضمان إنما يلزمه من حين دبر، وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك، ألا ترى أنها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك إلا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة، ولأنها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها، وإذا دبر ما في بطن لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها.

وذكر في كتاب الهبة من الأصل: إذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة، بخلاف ما لو باعها.

وقيل في المسألة روايتان، والأصح هو الفرق بين التدبير والعتق بأنه إذا دبر ما في البطن لو وهب الأم لا يجوز عتقه، ولو أعتقه جاز هبتها؛ لأن بالتدبير لا يزول ملكه عما." (١)

"(ولو قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجز) لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين، فأما الشراء فشرطه (وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعي. لهما أن الشراء شرط العتق، فأما العلة فهي القرابة وهذا لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة. ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله – عليه الصلاة والسلام – «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه» جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فأرواه

ـــــــQأخبرني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لإفادتها إلصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها إنما يتصور لصوقها الإخبار بنفسه: يعني بنفس القدوم لفظا وهو الواقع في الكذب، فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الإلصاق إنما يكون بإلصاق الإخبار بنفس الواقع، بخلاف ما لو قال إن أخبرني أن فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا.

وقد أورد على اشتراط الصدق في البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالأخبار السارة صدقا كذلك يحصل كذبا. وأجيب بما ليس بمفيد، والوجه فيه نقل اللغة والعرف

(قوله ولو قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه) لأن وقوعه كفارة يحتاج إلى نية الكفارة، وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين، وهذا تساهل، فإن علة العتق هو قوله هو حر وهو جزء اليمين، فإن اليمين هو مجموع التركيب التعليقي، وإذا كان الشرط ذلك والفرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها، وهذا لأن العتق وإن كان ينزل عند وجود الشرط لكنه إنما ينزل بقوله أنت حر السابق فإنه العلة، أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارة لا يجزيه لأن النية شرط متقدم لا متأخر، وإنما صحت في الصوم **على خلاف القياس** حتى لو كان نوى عنده إذا اشتريته فهو حر عن كفارة يميني فاشتراه عتق عنها، وكذا لو قال هو حر يوم أشتريه يريد عن كفارتي.

وأورد عليه أن الجزاء المعلق إنما ينعقد علة عند الشرط، والشراء هو الشرط، وقد قرنت النية بالعلة فينبغي

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٦/٥

أن يقع عنها لقران النية بالعلة.

فالجواب أنه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الأهلية عنده اتفاقا، فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق، ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أصلا فلذا يجب أن تعتبر النية عنده (قوله وإن اشترى أباه ينويه عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي) ومالك وأحمد وهو قول أبي حنيفة أولا لأن العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لأنها التي ظهر أثرها في وجوب الصلة كالنفقة فهي المؤثرة في العتق، وإنما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والإرث، وإما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لأنه لإثبات الملك والعتق لإزالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه.

ولنا أن شراء القريب إعتاق، لما روى الستة إلا البخاري كلهم من حديث سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة – رضي الله عنه –." (١)

"(وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء) ؛ لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها، ويجبر الولد الأول على الإسلام، ولا يجبر ولد الولد

ـــــــQبسبب رقه، مع أن الرق أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده، فأولى أن لا يتوقف بسبب ردته.

والحاصل أن عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام. وأورد عليه بأن كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أن لا يمنع إذا اجتمعا، وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن ينتفي التصرف. أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم إلا بدليل، ومرة بأن الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده، وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما، وانضمام أحدهما إلى الآخر انضمام علة إلى أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين، ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف، بل الترجيح بوصف في العلة.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٦٦/٥

(قوله: وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء؛ لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر الولد على الإسلام) قال الولوالجي: ولا يقتل كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر عليه ولا يقتل (ولا يجبر ولد الولد) أما جبر الولد؛ فلأنه يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما بإسلامهما ومرتدا بردتهما، فلما كان مرتدا بردتهما أجبر كما يجبران، وإنما لم يجبر ولد الولد؛ لأنه لا يتبع جده بل أباه؛ لقوله – صلى الله عليه وسلم – «كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما اللذان يهودانه» الحديث: أي يستتبعانه في ذلك، وإنما لم يجعل تبعا لأبيه في الردة فيجبر مثله؛ لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع، خصوصا وأصل التبعية ثابتة **على خلاف القياس**؛ لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل، بخلاف أبيه." (١)

"والمديون مقرين بالدين الوديعة والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار، وإن كان أحدهما ظاهر الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح.

فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه،

ـــــــQوالنكاح والنسب المديون كذلك مقر بالدين والنكاح والنسب.

(وهذا) يعني اشتراط إقرارهما بالنكاح والنسب (إذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضي (فإن كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج إلى إقرارهما بهما، ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحدا (يشترط إقرار من في جهته المال بالآخر الذي ليس ظاهرا فيقر في الأول عند القاضي أن هذه زوجته وهذا ولده، وفي الثاني بأن له عندي وديعة أو علي دينه وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين، قال: لا ينفق من الوديعة شيئا عليهم لأن إقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب، ولا يقضي على الغائب بلا خصم، ومثل هذا في الدين أيضا. قلنا: المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للولد والزوجة حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/٩٢

المفقود، ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود، وقد يقال أيضا في جوابه: نعم القياس ما ذكرت، لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبي سفيان، وقد أسلفناه.

قال فيه: «خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف» إذ هو يفيد مطلقا جواز الإنفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد، ثم إذا ثبت في الزوجة والولد **على خلاف القياس** لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس، وثبوت نفقة الأب بالدلالة لأن حقه فيها آكد من حق الولد، فإن الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة، بل إذا كان عاجزا عن الكسب والأب يستحقها بمجردها وإن كان يقدر على الكسب (قوله ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض، وليس القاضي نائبا في الحفظ فقط، بل فيه.

وفي إيفاء ما عليه من الحقوق أيضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده إلى سماع بينة، وجاز له أن يوفي ما عليه من دين إذا علم بوجوبه، بخلاف المودع فإنه المأمور بالحفظ فقط فيضمن إذا أعطاهم بلا أمره. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المودع إذا دفعها إليهم لأنه لو رد الوديعة إلى من في عيال المودع برئ.

أجيب بأن ذلك إذا دفعها إليهم للحفظ عليه لا للإتلاف، والأحسن أن يأخذ القاضي منها كفيلا لاحتمال أنه طلقها قبل ذهابه أو عجل لها النفقة، لكن لو لم يأخذ جاز لأنه لا يجب أخذ الكفيل إلا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا." (١)

"أيضا إذا كان الجنس واحدا؛ لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود، بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن.

ـــــــQالمفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال فصدق بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس، وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة إلا بالدراهم إلخ؛ لأن الإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي، والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض، وهو قول أحمد والشافعي في وجه، وفي وجه يجوز بالعروض المثلى، وقال مالك تجوز بالعروض إذا اتحد جنسها.

وقال الأوزاعي وحماد بن أبي سليمان: تجوز الشركة والمضاربة بالعروض، ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد، وكما لا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضا والآخر

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/١٤٤

دراهم أو دنانير، ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح، بل الشرط وجوده وقت الشراء.

وتقدم أنه لو دفع إلى رجل ألفا، وقال: أخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح، إلا أنه لا بد أن يقيم البينة أنه فعل ليلزم الآخر إذا لم يصدقه لو ثبتت وضيعة، وقيد بالدراهم والدنانير لإخراج الحلي والتبر فلا يصلحان رأس مال الشركة إلا فيما سنذكره، وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم أبو الفضل في الكافي فيها خلافا، بل اقتصر على أن قال: ولا تجوز الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس.

وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما، وبعضهم جعل الظاهر الجواز، وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال: لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنها إنما صارت ثمنا باصطلاح الناس، وليست ثمنا في الأصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلوها رأس مال الشركة.

وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الأول. وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين: (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسألتين: إحداهما أن الفلوس لا تتعين بالتعين ولا يجوز بيع فلس بفلسين إذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما، وسيأتي الوجه والتقييد بأعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين دينا، فإنه لا يجوز اتفاقا؛ لأن حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس.

وجه قول مالك أن الجنس إذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقود (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز إلا بالنقود؛ لأنها شرعت **على خلاف القياس** (لما فيها من ربح ما لم يضمن) فإن المال غير مضمون على المضارب." (١)

"في مال الشريك، ويشبه الشركة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة.

وقلنا: يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليها.

قال (ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه إذ اللفظ لا يقتضيه (ولا يصح إلا بما بينا) أن المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه (ويجوز أن يشتركا ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم، وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود) وقال زفر والشافعي: لا يجوز، وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٦٨/٦

الجنس، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى. قال (وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا) أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة، والوكيل هو الأصل في الحقوق.

قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه إذا أدى من مال نفسه؛ لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة؛ لأنه يدعي وجوب المال في ذمة

ـــــــQفي مال) غيره وهو (الشريك) ويستربح به (ويشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة) في اشتراط الزيادة لأحدهما، وهو الذي شرط عمله منفردا أو مع الآخر وإن كان ربحا بلا ضمان، ويشبه المفاوضة حتى أجزنا شرط العمل عليهما، وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره أجزنا الزيادة في الربح لأحدهما، بخلاف ما لو شرط كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز؛ لأن العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا إلى قرض إن شرط للعامل، كأنه أقرضه ماله فاستحق جميع ربحه، وإلى بضاعة إن شرط لرب المال، إلا أنه يرد ما تقدم من أن المضاربة **على خلاف القياس** فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها إلا أن يمنع، ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال، والمشروط له الزيادة مشروط عمله، وإن شرط عمل الآخر، لكن قد يكون ذلك أحذق وأقوى إلخ

(قوله إذ اللفظ) أي لفظ العنان (لا يقتضي المساواة) ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز أن يعقدها كل ببعض ماله، ويجوز إذا كان من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم، ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر، وإن تفاوتت قيمتهما والربح على." (١)

"بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق، وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة.

قال (وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان. والقياس خلاف

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٧٨/٦

ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة

ــــــQالتفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه، وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري، فإن اشتركا على أن ما اشتراه كل منهما يكون للآخر ربعه فقط، فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح.

قلنا: المأخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة؛ لأن حقيقة الربح إنما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح، وهو هنا مختلف؛ لأن رأس المال عمل والربح مال، وإنما يقال له ربح مجازا، وإنما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير: أي بحسب التراضي، فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا إذا كان أحذق في العمل وأهدى، وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لأكثرهما عملا.

وصححوا الجواز لأن الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل، ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم.

وقوله (بخلاف شركة الوجوه؛ لأن جنس المال متفق) فإن الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح ما لم يضمن، وهو لا يجوز إلا في المضاربة **على خلاف القياس**. هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة.

والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الأجر، فإنه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال: وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وإن شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما

(قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بعمله، وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب رب الثوب مثلا بالأجرة، ويبرأ الدافع بدفع الأجرة إليه وإن كان إنما عمله الذي تقبله. قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر، ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الأجرة (ظاهر) فيما إذا عقدا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما إذا أطلقا الشركة أو قيداها بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الأمور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك؛ لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة

إلا بالنص عليها أو على معناه، وبهذا علمت أن لا فرق بين إطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في أن المنعقد عنان." (١)

"والربح كذلك يجوز، ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك) ، وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال، والمضارب يستحقه بالعمل، والأستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان، ولا يستحق بما سواها؛ ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يحز لعدم هذه المعاني. واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في معناها، بخلاف العنان؛ لأنه في معناها من حيث إن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها، والله أعلم.

ـــــQشيء مما ذكرنا كانت عنانا؛ لأن مطلق عقد الشركة ينصرف إليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا.

ومنعها الشافعي ومالك، والوجه من الجانبين تقدم في شركة الأعمال.

ونقول: صحة العقد باعتبار صحة الوكالة، وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو أثلاثا صحيح، فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة، وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع أن الربح في كل منهما من جنس الأصل، ففرق بأن شركة العنان في معنى المضاربة من حيث إن كلا عامل في مال صاحبه، بخلاف شركة الوجوه فصح إعمال شبه المضاربة في العنان في إجازة تفاوت الربح، بخلاف الوجوه.

والحاصل أن شبه المضاربة إنما جوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الآخر، وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة **على خلاف القياس**، وإلا لم يجز إلحاق غيره به لشبهه به، بل نقول الربح يستحق شرعا بأحد المعاني الثلاثة، منها العمل وإن كان فيه ربح ما لم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الإجارة، وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة يصح الشركة بالعروض في العنان، ونحن إنما لم نجوزها لأدائها إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن في جعل رأس مال الشركة عروضا ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل للمستحق في مال الآخر؛ لأنه يلزم من أول الأمر عند بيع العروض متفاوتة الثمن.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٨٨/٦

فإن قيل: لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع؟ أجيب بأنه إنما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة، ولم يوجد هنا.." (١)

"وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا، والأول أصح وأظهر

ــــــQثابتة تفيد الإحاطة بمقدار جرمه وأقطاره، ومثل هذا التمييز لا يحصل لها في كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية منتفية بلا شك. والوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كان به أو وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا نص في جمع النوازل على أن فيه الخيار إذا علم به، ومعلوم أن ذلك بالوزن. وفي جميع التفاريق عن محمد – رحمه الله – جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار، وينبغي أن يكون هذا محمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم، فقوله لا يجوز أي يلزم.

قال المصنف (والأول أصح) أي من جهة الرواية (وأظهر) أي من حيث الوجه المذكور في الكتاب، وحاصله أن الجهالة وإن كانت ثابتة لكنها لا تفضي إلى المنازعة وهي المانعة، وذلك لأن يتعجل فيندر هلاكه، بخلاف السلم لا يتعجل فقد يهلك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه، ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار، وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسألة التي تلي هذه: وهي ما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم أنه إذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صح، ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه، ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها، لكن هذه الرواية أتم، وصار كما إذا رأى الدهن في قارورة زجاج فإنه يثبت الخيار بعد صبه.

وهذا وقد روي عن أبي يوسف اشتراط كون ما يوزن به ولا يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها؛ لأنها تنقص بالجفاف، وعول بعضهم على ذلك، وليس بشيء فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل السلم، ولا جفاف يوجب نقصا في ذلك الزمان، وما قد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع، بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الإسلام في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم، وتقع المنازعة المانعة منه، والفرض أن أقل مدة السلم ثلاثة أيام، ولا شك أن تأخر التسليم فيه إلى مجلس آخر يفضي إلى المنازعة؛ لأن هلاكه إن ندر فالاختلاف في أنه هو أو غيره والتهمة فيه ليس بنادر، وكل العبارات تفيد صحة البيع في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال: ولو اشترى بهذا الإناء يدا بيد فلا

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٩٠/٦

بأس به، ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف أولى، وهذا لأن التسليم عقيب البيع إلى آخر ما ذكر وتقدم النظر في الأولوية.

وهذا وأورد على التعليل بأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ما إذا باع عبدا من أربعة يأخذ المشتري أيهم شاء أو باع بأي ثمن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يفضي إلى المنازعة. وأجيب بأن المبطل في المورد معنى آخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة، وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة، لكن جاز **على خلاف القياس** كما سيأتي، ولا شك أن القياس ما عن أبي حنيفة في القربة من ماء النهر، وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده، كما لو باعه كرا من حنطة، وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز إلا أن يكون سلما، وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمي نوع القربة في ديارنا بمصر إذا لم تكن معينة مثل قربة كتافية أو سقاوية أو رواسية كبيرة، ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء.

ونظير ما نحن فيه ما إذا باع حنطة مجموعة في بيت أو مطمورة في الأرض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة أن له الخيار إذا علم، إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك، وإن كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له إلا أن يظهر تحتها دكان: أي صفة ونحوها، كذا في فتاوى القاضي." (١)

"(باب خيار الشرط)

قال: (خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري

ــــــQفلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم، وإن فتحه المشتري فطار صح التسليم؛ لأنه يمكنه التسليم بأن يحتاط في الفتح. ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضا، وهو تأويل مسألة الطير، وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري: احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري. قال القاضي الإمام: هذا إذا لم يكن على الدابة سرج، فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا وإلا فلا، ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضا كما إذا باع الدار والبائع والمشتري فيها معا.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/٢٦٦

[باب خيار الشرط]

قد عرف أن البيع علة لحكمة لزوم تعاكس الملكين في البدلين، والأصل أن لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الأصل. ثم شرع يذكر ما تعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها، وهو البيع بشرط الخيار، وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت **على خلاف القياس** لنهيه – صلى الله عليه وسلم – عن بيع وشرط، ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسما ومعنى لا حكما، وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما، وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الأصول. والموانع خمسة أقسام: مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر؛ لأنها لا تنعقد إلا في محلها، ومحل البيع المال والحر ليس بمال، فلا وجود للبيع أصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه. ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف إلى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حائطا فرده عن سننه. ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه. ومانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري. ومانع يمنع لزومه كخيار العيب وإضافة الخيار إلى الشرط على حقيقة الإضافة، وهي إضافة الخيار إلى سببه إذ سببه الشرط، وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا في الحكم مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الإمكان، وذلك؛ لأن عمله إثبات الحظر في ثبوت الملك وبذلك يشبه القمار فقللنا شبهه.

ولقائل أن يقول: القمار ما حرم لمعنى الحظر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك، والحظر طرد في ذلك لا أثر له. نعم يتجه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا، بخلاف الأصل وأما كونه فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع، وهذا في أن الملك هل يثبت أو لا (قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري." (١)

"ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما رويناه من النص، فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة.

ـــــــQعند شروطهم» . وقال مالك: إذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار في أكثر من يوم، وإن كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٩٨/٦

ثلاثة؛ لأنه شرع للحاجة. ويمكن أن يقال: لم يتعين اشتراط الأكثر طريقا؛ لأنه إن كان لإمكان أن يذهب فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة إلى شرط الخيار أصلا؛ لأن خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة، وإن كان للتروي في أمرها هل تساوي الثمن المذكور أو لا أو هي منتفع بها على الكمال أو لا وإن لم يرها؟ فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة؛ لأنه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث. وأما ما يتسارع إليه بفساد فحكمه مسطور. في فتاوى القاضي: اشترى شيئا يتسارع إليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء. وفي الاستحسان يقال للمشتري إما أن تفسخ البيع وإما أن تأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين، وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل بشراء شيء يتسارع إليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه، وأقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فإن القاضي يأمر مدعي الشراء أن ينقد الثمن ويأخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع الثمن الأول والثاني على يد عدل، فإن عدلت البينة يقضى لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الأول للبائع؛ ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع الثمن الثاني من مال مدعي الشراء؛ لأن بيع القاضي كبيعه، ولو لم تعدل البينة فإنه يضمن قيمة السمكة للمدعى عليه؛ لأن البيع لم يثبت وبقي آخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة. وجه قول أبي حنيفة (أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم) ثبت نصا **على خلاف القياس** في المدة المذكورة للتروي فيما يدفع الغبن عنه، ولا شك أن النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها؛ فإن معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة أو لا ليس من العلوم البالغة في الخفاء والإشكال ليحتاج في حصوله إلى مدة تزيد عليها، فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة إليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز إلحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس. ولو فرض من الغباوة بحيث لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر، ولا يبنى الفقه باعتباره؛ لأن مثله زائل العقل، وبهذا يظهر في قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان إنه خرج مخرج الغالب غير صحيح؛ ولأنه – عليه الصلاة والسلام – ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان أنه كان رجلا ضعيفا وكان بدماغه مأمومة أفسدت، أو أنه منقذ وكان قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاري الأوسط، فأي حالة تزيد على هذه من الضعف إلا عدم العقل بالكلية، ومع ذلك لم يجعل له النبي – صلى الله عليه وسلم – سوى ثلاثة أيام فلا شك في

منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما ينفيه صريحا، وهو وإن لم يبلغ درجة الحجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الحجة، وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس «أن رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – البيع وقال: الخيار ثلاثة أيام» إلا أنه أعل بأبان مع الاعتراف بأنه كان رجلا صالحا، وكذا أخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر «أن النبي – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"(إلا أنه إذا أجاز في الثلاث) جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر، هو يقول: إنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا. وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس.

ـــــــQقال الخيار ثلاثة أيام» وفيه أحمد بن ميسرة متروك. وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار. وأما القياس على الأجل فنقول بموجبه ولا يضرنا، فإن الشارع لما شرع الأجل على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا بإطلاقه، وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بتقييده، حتى أنه لو شرع الأجل أيضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها أيضا، ولوجوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز؛ لأن نفس الخيار ما ورد إلا للمشتري. قلنا: ممنوع بل للأعم، فإنه – صلى الله علیه وسلم – قال له " إذا بايعت " وهو يصدق بكونه بائعا ومشتريا (قوله إلا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها: أي لا يجوز في وقت من الأوقات إلا في وقت إجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة – رضي الله عنه – خلافا لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول إنه) أي العقد (انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا) كما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحيحا، أو باع عبدا بألف ورطل خمرا ثم أسقط الخمر، وهذا؛ لأن البقاء على حسب الثبوت فإن الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولأبي حنيفة أنه) أي من له الخيار (أسقط المفسد) وهو اشتراط اليوم الرابع (قبل تقرره) أي قبل ثبوته وتحققه؛ لأن ثبوته بمضي ثلاثة أيام فيعود جائزا (كما إذا باع بالرقم وعلمه بالمجلس فرضي به) وهذا؛ لأن المفسد ليس هو شرط الخيار، بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه، فإذا أسقطه فقد تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا. ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر إذ الظاهر دوامهما على الشرط، فإذا أسقطه تبين الأمر خلاف الظاهر فينقلب صحيحا،

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٠١/٦

وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ما وراء النهر: هو موقوف، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا، وإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه، كذا في الظهيرية والذخيرة." (١)

"والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما. .

قال (ومن اشترى جارية بألف درهم

ـــــQبفحش تفاوت الغرض منهما (والوذاري والزندنيجي) كذلك، والوذاري بفتح الواو وكسرها وإعجام الذال ثم راء مهملة نسبة إلى وذار قرية من قرى سمرقند، والزندنيجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون أخرى ثم ياء ثم جيم نسبة إلى زندنة بفتح الزاي والنون الأخيرة والجيم زيدت **على خلاف القياس** (مع اتحاد أصلهما) هكذا ذكره المصنف عن المشايخ.

وما ذكر لأبي حنيفة في باب المهر يقتضي أنه اعتبر الخل مع الخمر جنسا واحدا، ومقتضاه أن يعتبر الخل مع الدبس كذلك.

ومن المختلفين جنسا ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج فالبيع باطل، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح ويخير. كما إذا باع عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب، كذا ذكره المصنف، وإن كانت صناعة الكتابة أشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت أو لا في ثبوت الخيار، كما أطلق في المحيط ثبوت الخيار، وذهب آخرون منهم صدر الإسلام وظهير الدين إلى أنه إنما يثبت إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشتري، فإن الظاهر أن غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا بما ليس غرضا له الآن، وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم لا خيار له؛ لأنه خير مما عين.

وقد يفرق بأن الغرض وهو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر من الزراعة وأمورها أو التجارة وأمورها، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة ونحوه فإنه يفيد أن حاجته التي لأجلها اشترى هي هذا الوصف

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٠٢/٦

(قوله ومن اشترى جارية بألف درهم." (١)

"لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا، وإن اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري؛ لأنه ينكر الزيادة.

قال: (وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة – رحمه الله –، وقالا لا يجوز: على المسلم) وعلى هذا الخلاف الخنزير، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده

ـــــQليخص بالثمن، بخلاف قوله على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فإن البيع حينئذ فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين؛ لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك المبيع وهو نفع للمشتري، وقد تكون أكثر منها فيكون البيع بشرط إعطاء الثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع، والمسألة بعدها فرع عليها.

وهو ما في الجامع: رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ مائة وقبضه المشتري فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه خمسة أرطال فالقول قول المشتري مع يمينه إلا أن يقيم البائع البينة (لأن هذا) الاختلاف (إن اعتبر اختلافا راجعا إلى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان) كالغاصب (أو أمينا) كالمودع؛ ولأن البائع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة، وإن اختلفا في قدر الثمن المقبوض فمرجعه خلاف في قدر الثمن (فالقول قول المشتري؛ لأنه ينكر الزيادة) واستشكل بمسألتين: إحداهما ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب فاختلفا في قيمة الميت فالقول للبائع كما سيأتي في باب التحالف. والثانية أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف، وهنا جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن.

أجيب عن الأول بأنها مع هذه طرد، فإن كون القول للمشتري لإنكاره الزيادة وهناك إنما كان للبائع لإنكاره الزيادة. وعن الثاني بأن التحالف **على خلاف القياس** فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا، وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض أهو هذا أو لا فلا يوجب التحالف

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٣٢/٦

(قوله وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو خنزير أو شرائهما ففعل جاز عند أبي حنيفة – رحمه الله –) حتى يدخل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب أن يخلل الخمر أو يريقها ويسيب الخنزير هذا في الشراء، وفيما إذا كان التوكيل بالبيع بأن كان في ملك المسلم خمر أو خنزير.

وصورته أن يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل أن يزيلها وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه أن يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه، قال – صلى الله عليه وسلم – إن الذي حرمها حرم بيعها وأكل ثمنها، وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله تعالى: لا يصح هذا التوكيل. وحاصل الوجه من جانبهم إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل، ومن جانبه عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الأصل." (١)

"ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما؛ لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده، ولا بد من اجتماعهما في ملكه

ـــــQحدثنا يونس بن عبد الأعلى، حدثنا ابن وهب، أنبأنا مالك بن أبي الخير الزيادي عن أبي قنبل عن عبادة بن الصامت عنه – صلى الله عليه وسلم – قال «ليس منا من لم يبجل كبيرنا ويرحم صغيرنا» وعلى نحو الأول رواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث أبي هريرة. وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهور لا شك فيه عن النبي – صلى الله عليه وسلم –.

قال المصنف (ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخله محرم غير قريب) كمحرم الرضاع وامرأة الأب (ولا قريب غير محرم) كابن العم (ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأنه **على خلاف القياس** فيقتصر على مورده) ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة وولدها والأخوين.

فإن قيل: لو كان كذلك وجب أن لا يمنع التفريق بين الخال وابن أخته والخالة وبنت أختها؛ لأن النص ما ورد إلا في الوالدة والأخوين. فالجواب أن القرابة المحرمة تثبت معنى دلاليا وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بأن خصوص الوالدة غير معتبر لأن الوالد أيضا مثلها ففهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الأخوين، فعلم أن لا قصر على الولاد بل القرابة المحرمة فثبت في الخال والخالة بالدلالة.

ومعلوم أن المحققين على عدم اشتراط الأولوية في الدلالة والمفهوم بقي إيراد نقض العلة بثمانية مسائل

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/٤٣٩

يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة، منها الثلاثة التي ذكرها المصنف وهي: ما إذا كان التفريق بحق مستحق كدفع أحدهما بجناية، أو استيلاء دين لزم الصغير كاستهلاكه مال الغير مع أنه في دفعه غير مجبور إذ له أن يدفع عنه الفداء والدين ويستبقيه ورده وحده بعيب بحصته فيرده وحده وإن كان عند أبي يوسف أنه يردهما جميعا أو يمسكهما كما في مصراعي الباب إذا وجد بأحدهما عيبا.

والرابعة أن يدبر أحدهما أو يستولد الأمة وحينئذ جاز بيعه الآخر والخامسة أن يكون لحربي." (١)

"ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام (وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما) ؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص، وقد صح «أنه – عليه الصلاة والسلام – فرق بين مارية وسيرين

ـــــــQلا يكون إلا في البيع الفاسد (ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله والكراهة لمعنى مجاور) والنهي للمجاورة لا يوجب الفساد بخلافه لوصف لازم (فشابه كراهة الاستيام) على سوم أخيه، وحينئذ يجب تأويل الأمر بالإدراك والارتجاع على طلب الإقالة مع ظهور أن يقيله رغبة في ثواب الإقالة أو أن يبيع الأخ لآخر منه.

واعلم أن مدة منع التفريق إنما تمتد إلى بلوغ الصغير بالاحتلام أو بالحيض. وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه – صلى الله عليه وسلم – «لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام والجارية» وعن عبادة بن الصامت عنه – عليه الصلاة والسلام – «لا تفرقوا بين الأم وولدها، فقيل إلى متى؟ فقال: إلى أن يبلغ الغلام وتحيض الجارية» رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي.

وفي أظهر قوليه إلى زمان التمييز سبع أو ثمان بالتقريب، وإلى زمان سقوط الأسنان، والحديث المذكور ذكره الحاكم وصححه وخطأه صاحب التنقيح، وقال: الأشبه أنه موضوع، وسببه أن في سنده عبد الله بن عمرو بن حسان، قال الذهبي: كذاب، وقيل رماه ابن المديني بالكذب، غير أن الحكم المذكور وهو التفريق بعد البلوغ حكم ثابت شرعا، وقال بعض مشايخنا: إذا راهقا ورضيا بالتفريق فلا بأس به؛ لأنهما من أهل النظر لأنفسهما، وربما يريان المصلحة في ذلك (قوله وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص) ليثبت فيه المنع إلحاقا بالدلالة إذ كان أصله **على خلاف القياس** (وقد صح «أنه – صلى الله عليه وسلم – فرق بين مارية وسيرين») بالسين المهملة، ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٦/٤٨١

قال البزار بعد أن غلطه للحديث طريق ذكرها، لكن روي هذا الحديث عن بشير بن المهاجر بن حاتم بن إسماعيل ودلهم بن دهثم انتهى وبشير عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: «أهدى المقوقس القبطي لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – جاريتين وبغلة كان يركبها، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم – عليه السلام – وهي مارية أم إبراهيم. وأما الأخرى فوهبها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لحسان بن ثابت وهي أم عبد الرحمن بن حسان»

وذكر أن هذا الحديث في صحيح ابن خزيمة، وأخرجه البيهقي بسند آخر في دلائل النبوة مرسلا «أنه – صلى الله عليه وسلم – بعث حاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس، إلى أن قال: وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم، وأما الأخرى فوهبها – عليه الصلاة والسلام – لجهيم بن قيس العبدي وهي أم زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر» وهذا مخالف لما تقدم.

وجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي بسنده إلى حاطب قال: «بعثني رسول الله – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة، فقد قال ابن عباس – رضي الله عنهما –: أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه، وتلا قوله تعالى {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه} [البقرة: ٢٨٢] الآية.

ـــــــQلتحقق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه: أعني تسليم رأس المال، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق، لكن لما كان وجود السلم في زمنه – صلى الله عليه وسلم – هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له، ويعرف مما ذكر أن معناه الشرعي بيع آجل بعاجل.

وما قيل أخذ عاجل بآجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن مؤجل، وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلفظ البيع بأن قال المسلم إليه بعتك كذا حنطة بكذا إلى كذا، ويذكر باقي الشروط أو يقول المسلم اشتريت منك إلى آخره، وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان، وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى، ومعنى أسلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باقي الشروط واحد وإن كان **على خلاف القياس**، فذاك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ. وعرف أن ركنه ركن البيع.

وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه، وسيذكر المصنف شرائطه.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٨٤/٦

وأما حكمه فثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في الذمة، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انعقاد مبادلة أخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة، ومعناه لغة: السلف، فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقضيه إياه، وجعل إعطاء العوض للمسلم إليه فيه قضاء كأنه هو، إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مفلس ونحو ذلك بعيد، ولا وجه له إلا باعتبار المدفوع هالكا، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توائه عليه، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعني السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرك بسنده.

وصححه على شرطهما عن قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه، قال الله تعالى {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم." (١)

"وبالسنة وهو ما روي «أنه – عليه الصلاة والسلام – نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه. ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه.

قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله – عليه الصلاة والسلام – «من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»

ـــــــQبدين إلى أجل مسمى فاكتبوه} [البقرة: ٢٨٢] الآية، وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة، وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري، وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم، والمصنف قد ذكر لفظ الحديث: أحل السلف المضمون، فقال بعض المشايخ: المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته: السلف المؤجل، وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة، ويكون ما روى المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جمعا بين مقررين.

وقوله مسمى أي معين (و) كذا (بالسنة) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وهو أنه – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» وإن كان في شرح مسلم للقرطبي

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٧/٧٠

ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ. قيل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه – صلى الله عليه وسلم – «لا يحل سلف وبيع» ، إلى أن قال: «ولا تبع ما ليس عندك» قال الترمذي: حسن صحيح، وتقدم.

والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المنهال عن ابن عباس قال «قدم النبي – صلى الله عليه وسلم – والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلاث. فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم» وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال: «إنا كنا لنسلف على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأبي بكر وعمر – رضي الله عنهما – في الحنطة والشعير والتمر والزبيب» .

ولا يخفى أن جوازه **على خلاف القياس**، إذ هو بيع المعدوم وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل، إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع. ومنع بعض من نقد الهداية.

قولهم السلم **على خلاف القياس** لأنه بيع المعدوم، قال: بل هو على وفقه فإنه كالابتياع بثمن مؤجل. وأي فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر، بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس.

قال: وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس، وتلا الآية." (١)

"والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا، وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان، والعبرة في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك.

ــــــQثم قال بعد كلام اندفع فيه: فالحاصل أن قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة، وأطال كلاما وحاصله مبني على اعتقاد أن القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون **على خلاف القياس**، وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به، وليس كلامهم هذا بل إنه هو نفسه بيع المعدوم فهو **على خلاف القياس** الأصلي فيه،

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٧١/٧

وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده.
وقوله أي فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق القياس، وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعدوم **على خلاف القياس**.

ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود من البيع والمحل لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع، بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع، فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن، وليس في كلام ابن عباس ما يفهم أنه رآه **على خلاف القياس**، وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي أنه **على خلاف القياس** بل لأجل هذه المصلحة شرع وإن كان **على خلاف القياس**.

قال المصنف (- رحمه الله -، والمراد بالموزونات) أي التي يجوز السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالاتفاق أنه باطل، وإن أسلم غيرها من العروض ككر حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق، لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها، وإذا لم يصح فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل أو يبطل رأسا؟ حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل) ولا يبطل، وهو قول أبي بكر الأعمش، وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه إلا في الدراهم، ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندي أدخل في الفقه لأن حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة، وهذا من إفراد البيع بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي، وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما، وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالخمر فيما إذا اشترى خمرا بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضي أن المبيع هو الخمر وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما أمكن." (١)

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٧٢/٧

"قال (وكذا في المذروعات) لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة، ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم،

ـــــــQقوله وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة للضبط الذي هو شرط الصحة.

وعرف من تعليله هذا أن شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير إفضاء إلى المنازعة، فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبواري إذا بين الطول والعرض.

وفي الإيضاح: يحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته، والحرير كلما خف زادت انتهى. وهذا في عرفهم. وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكمخاء كلما ثقل ازدادت القيمة. فالحاصل أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالخفة.

فإن قيل: ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لأنه مشروع **على خلاف القياس** ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته إلا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما. لا يقال: السلم مخصوص من عموم «لا تبع ما ليس عندك» ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالمخرج غيره به.

لأنا نقول: ذلك مقيد بما إذا لم يخالف حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره.

فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيما ليس عندك وعدمه، وشرعية السلم تقييد له بما إذا لم يذكر الأجل في المبيع، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا بعضه ليكون تخصيصا بما ليس عنده، بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عمومه في منع البيع وكله مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته، كما أن ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه.

فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل، وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم، بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل

على تقدير السلم في المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة. يدل عليه سياق الحديث وهو «أنه – صلى الله عليه وسلم – قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال: من أسلم في شيء يعني من هذه الثمار فليكن إلى أجل معلوم وفي كيل معلوم» ، ثم إنه – صلى الله عليه وسلم – زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل، فإن سبب شرعية." (١)

"ضمان الدرك، ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع، أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه،

ــــــQعلى فلان وهو ألف أو لهذا بما له عليه فهو باطل لجهالة المكفول له.

ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان أو ما لك على فلان رجل آخر جاز لأنها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج إلى فرقين فرق بين المكفول له. وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له. وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والإضافة حيث يصح في التنجيز دون الإضافة. أما الأول فما ذكر في الذخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع، والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق.

وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الإرسال والتعليق أن القياس يأبى جواز إضافة الكفالة لأنها تمليك في حق الطالب. وإنما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلوما فإذا كان مجهولا يبقى على القياس. وحاصل هذا أن المبطل هو الإضافة لا جهالة المكفول عنه. إذا عرف هذا جئنا إلى مسألة الكتاب، فاستدل المصنف وأكثر الأصحاب بقوله تعالى {ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم} [يوسف: ٧٢] ونقل عن أبي بكر الجصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة. وكذا قال أصحاب الشافعي لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر؛ لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبق عبده فقال من جاء به فله كذا. والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٧٣/٧

جهالته إلا في مسألة واحدة ستأتي.

وعامة المشايخ قالوا: الاستدلال به صحيح، فإن الزعيم حقيقة الكفيل، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك، فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه، إلا أن فيه جهالة المكفول له، فقد اشتملت على أمرين: جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة.

وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث «أبي قتادة في قصة الميت المديون بدرهمين فقال علي هما علي، فصلى – عليه الصلاة والسلام – عليه» فدل على جواز الأمرين ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس، ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك.

ولما كان إضافة الكفالة **على خلاف القياس** لما ذكرنا من شبهه بالبيع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطا ملائما، وملاءمة الشرط بأحد ثلاثة أمور: أحدها أن يكون سببا للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (بأن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري، ومن هذا القبيل ما في الآية فإن الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو المجيء بصاع الملك فإنه سبب وجوب الجعل.

الثاني (أن يكون شرطا لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه. الثالث (أن يكون." [١]

"فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأنه لو عجز نفسه سقط، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل، وإثباته مطلقا ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد، وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده.

ـــــQوإن ثبت فإنما يثبت **على خلاف القياس** بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع إليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة، ولأن المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن إثباته) أي إثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وإثباته مطلقا)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٨٤/٧

في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد) ولو أثبتاه على الإطلاق على الكفيل وعلى تمكينه من إسقاطه على الأصيل لم يتحد الدين عليهما (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده) للعلة الأولى، لأن له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته، ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده. وقسمها دون العلة الثانية إذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه، وعندهما تصح الكفالة به لأنه حر مديون عندهما، وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة. وأما العبد التاجر إذا أدان مولاه دينا، فإن لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلا له فالكفالة باطلة لأن العبد لا يستوجب على مولاه دينا، وإن كان عليه دين صحت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة، والكفالة بالنفس مثل ذلك إن لم يكن على العبد دين لا تصح، وإن كان صحت.." (١)

"(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان، والله أعلم.

(باب كتاب القاضي إلى القاضي)

ـــــQله إذا قذفه ولا يقتص منه إذا قتله، أما إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه يحبس، وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإنفاق أبا كان أو أما أو جدا، لأن في ترك الإنفاق سعيا في هلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إلى إهلاك الولد (ولأنه لا يتدارك لسقوطها) أي لسقوط النفقة (بمضي الزمان) بخلاف الدين فإنه لا يسقط. وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لأن المولى لا يستوجب عليه دينا، ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لأن كسبه لمولاه فكيف يحبس له، فإن كان عليه دين حبس لأنه للغرماء في التحقيق، ويحبس مولى المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لأن في الجنس له حق أخذه. فإذا أخذ يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة. والمكاتب في أكسابه كالحر فله حق المطالبة فيحبس لمطله، أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لأنه بالامتناع لا يصير ظالما، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وعن بعض مشايخنا هما سواء لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لأن المولى لا يستوجب

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٣٧/٧

على عبده دينا، وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون.

[باب كتاب القاضي إلى القاضي]

هذا أيضا من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس، والعمل بكتاب القاضي إلى القاضي **على خلاف القياس** لأنه لا يزيد على إخباره بنفسه، والقاضي لو أخبر قاضي." (١)

"القاضي إلى المزكى ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية

ـــــــQفيه كذا وكذا، ولا بد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب القاضي المسلمين، ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم، وهذا لأن قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة إذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الأنكحة والوصايا، وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه، ولم يشرط الشعبي الشهادة عليه، وكذا الحسن أسند الخصاف إلى عمرو بن أبي زائدة أو عمير قال: جئت بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضي الحسن فدفعت كتابي إليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمائة، فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب إلى زيادة فقل له أرسل إلى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها إلى هذا وبه قال أبو ثور والإصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية، فالشرط عندهم أن يكون المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستئمان، وعلى رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي.

قلنا: الفرق أن هذا نقل ملزم، إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به، ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة، بخلاف كتاب أهل الحرب فإنه ليس ملزما إذ للإمام أن يعطيهم ما طلبوه، وله أن لا.

وأما الرسول فلأن التزكية ليست ملزمة، وإنما الملزم هو البينة.

وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون كنفسه، وقدمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله، وكان القياس في كتابه كذلك إلا أنه أجيز بإجماع التابعين **على خلاف القياس** فاقتصر عليه.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٨٥/٧

فإن قلت: فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب إلا إلى قاض آخر غيره؟ فالجواب يجوز أن يكون قال إلى إياس القاضي بالبصرة وإلى كل قاض يراه من قضاة المسلمين، فإنه إذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع إليه أن يعمل به بلا خلاف، بخلاف ما لو كتب من الأول إلى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز العمل به لأحد من القضاة، وأجازه أبو يوسف أيضا قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم.." (١)

"وعدم قبول الأربع **على خلاف القياس** كي لا يكثر خروجهن.

قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله – عليه الصلاة والسلام – «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه» والجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس فيتناول الأقل.

وهو حجة على الشافعي – رحمه الله – في اشتراط الأربع، ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام

ـــــــQوشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين في جنس النساء. سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضبط من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى {أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى} [البقرة: ٢٨٢] لكن ذلك انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق حينئذ إلا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات، وأما عدم قبول الأربع **فعلى خلاف القياس** كأنه كي لا يكثر خروجهن

(قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط." (٢)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢٩١/٧

(٢) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٧٢/٧

"(وكذا إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) لأنهما أتلفاها من غير عوض.

قال (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا) لأنه ليس بإتلاف معنى
ـــــــQتقومه حال الدخول، فكذا في غيره لأنه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه. وأجابوا بحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع، كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره متقوما في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لأن التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرز وتتمول والأعراض التي تتصرم ولا تبقى.
وفرع في النهاية على الأصل المذكور خلافية أخرى، هي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا، وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئا، وكذا إذا ارتدت المرأة لا شيء عليها لزوجها. وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل.
وأورد على قولنا نقضا أنهم أوجبوا الضمان بإتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الإتلاف الحكمي. وأجاب نقلا عن الذخيرة بأنه في الإتلاف الحقيقي بالشرع **على خلاف القياس**، والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه واردا في الحكمي، ونظيره ما في شرح الطحاوي: لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهرا بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لأنهما أتلفا المنفعة ومتلف المنفعة لا ضمان عليه (قوله وكذا لا ضمان عليهما إذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمهر مثلها) بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعدما قضى به، ولا يضمنان ما أتلفا عليه من مهر المثل لأنهما عوضا ملك البضع وهو متقوم حين ورود العقد عليه، والإتلاف بعوض كلا إتلاف، وإنما كان كذلك لأن مبنى الضمان على المماثلة كما ذكرنا، ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج، والإتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة) على مهر المثل (لأنهما أتلفاها بلا عوض) وهي من الأعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها

(قوله وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر) بأن ادعى ذلك مدع فشهدا له به.

(ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى." (١)

"ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم؛ لأن ذلك لا يجوز، فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره، وهذا لا يجوز.

ـــــــQمن جانب المسلم إليه فإنها لا تجوز مع أن المسلم إليه لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز، فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من أجاب عنه. فقال صاحب غاية البيان: فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم إليه أيضا لكونه بيع المعدوم، إلا أنه جوز ذلك من المسلم إليه رخصة له

دفعا

لحاجة المفاليس.

وقد روي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» وما ثبت بخلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص فلم يجز توكيله غيره. أو نقول: جاز بيع المعدوم

ضرورة

دفع حاجة المفاليس. والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضا على الكلي الذي قاله القدوري؛ لأن تملك المسلم إليه العقد بنفسه لعارض الضرورة، والعوارض لا تقدح في القواعد. وقال هذا ما سمح به خاطري في هذا المقام، وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه أجملهما. أقول: في كل أحد منهما نظر. أما في الأول فلأنه منقوض بعقد الإجارة مثلا؛ لأنه كما يجوز أن يباشره الإنسان بنفسه يجوز أن يوكل به غيره بلا خلاف، مع أنه ثابت أيضا **على خلاف القياس** بالنص كما سيأتي في أول كتاب الإجارة.

ثم إن الظاهر أن مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه، فجواز التوكيل فيه على فرض لا ينافي الاقتصار على مورد النص، كما أن جوازه في عقد الإجارة لم يناف الاقتصار على مورد النص لأجل ذلك. وأما في الثاني فلأن مع انتقاضه أيضا بمثل عقد الإجارة يرد عليه أن في التوكيل أيضا

ضرورة

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٧/٤٨٨

دفع الحاجة سيما إذا كان الموكل مريضا أو شيخا فانيا أو نحو ذلك، فيكون الثابت بالضرورة مقدرا بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم إليه أيضا. لا يقال: إنما جاز بيع المعدوم في عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن لا لمطلق الضرورة. والذي يتحقق في التوكيل ضرورة دفع حاجة الموكل إلى العمل لا غير؛ لأنا نقول: بل يتحقق في التوكيل عند الحاجة إليه ضرورة دفع حاجة المفاليس إلى الثمن أيضا مع زيادة، فإن المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه إذا لم يقدر على توكيل غيره لقبول السلم تشتد حاجته إلى الثمن.

قال المصنف (ومراده التوكيل بالإسلام) أي مراد القدوري بالتوكيل بعقد السلم التوكيل بالإسلام، وهو توكيل رب السلم غيره بأن يعقد عقد السلم، ولفظ الإسلام إنما يستعمل من جانب رب السلم. يقال: أسلم في كذا: إذا اشترى شيئا بالسلم (دون قبول السلم) أي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول السلم وهو التوكيل من جانب المسلم إليه (لأن ذلك) أي: لأن التوكيل بقبول السلم (لا يجوز فإن الوكيل حينئذ يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره) أي الموكل (وهذا لا يجوز)." (١)

"(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) لوجود الافتراق من غير قبض (ولا يعتبر مفارقة الموكل) ؛ لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه،

ـــــQلأن من باع ملك نفسه من الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد في باب الوكالة بالسلم من البيوع. وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له، فإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه، كذا في المبسوط وغيره. فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم إليه غيره بقبول السلم على أن يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدينية. فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم إليه كالثمن في ذمة المشتري.

قلنا: بين الدينين فرق، فإن المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا. كذا في النهاية ومعراج الدراية. وقال صاحب العناية

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٥/٨

في الجواب عن السؤال المذكور: إن كلامنا فيما إذا كان المبدل في ذمة شخص وآخر يملك بدله، وما ذكرتم ليس كذلك فإن الموكل بالشراء يملك المبدل ويلزم البدل في ذمته. وقال: فإن قيل: فاجعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء. فالجواب هو الجواب عن السؤال الأول المذكور آنفا انتهى كلامه.

أقول: إنه عدل هاهنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن أفسد؛ لأن مآل جوابه الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المصنف، والمصير إلى دليل آخر حاصل من الجواب عن السؤال الأول الذي حاصله أن جواز قبول السلم ثابت بالنص **على خلاف القياس** وبالضرورة، فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدر الضرورة فلا يتعدى إلى الآمر به. والدليل الذي ذكره المصنف مما تلقته السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراف بعدم تمامه مع تحقيق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذي ذكره غيره. على أن الجواب عن السؤال الأول قد عرفت عدم تمامه بما أوردنا عليه فيما قبل

(فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد) هذا لفظ القدوري في مختصره: أي إن فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد (لوجود الافتراق من غير قبض) يعني أن من شرط الصرف والسلم قبض البدل في المجلس، فإذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض لم يوجد الشرط فبطل العقد.

قال صاحب النهاية: هذا إذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد، وأما إذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل، كذا ذكره الإمام خواهر زاده.

قال الزيلعي في التبيين: وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر انتهى (ولا تعتبر مفارقة الموكل) أي لا تعتبر مفارقته قبل القبض (لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه) أي قبض الوكيل بدل الصرف (وإن كان لا يتعلق به الحقوق) أي وإن كان الوكيل ممن لا يتعلق به حقوق العقد (كالصبي والعبد المحجور عليه) ؛ لأن القبض في الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد: أقول: لو قال المصنف في أثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل." (١)

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٨/٣٦

"وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه، والإجارة والصرف على هذا الخلاف.

ـــــQمنه بيعا من نفسه، والبيع من نفسه غير جائز؛ لأن الواحد إذا تولى طرفي البيع كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما مخاصما مخاصما في العيب، وفيه من التضاد ما لا يخفى (وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تصح تبرعاته ولا تزويج عبده (وينقلب حقيقة بالعجز) يعني وقد ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فصار كالعبد (وله) أي ولأبي حنيفة (أن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات) يعني من سلمنا أن التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات؛ لأنها شرعت للإعانة فكانت مواضع أمانة (وهذا) أي ما نحن فيه (موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة) أي فيما بينهم (ولأن المنافع بينهم متصلة) ؛ لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه (فصار) أي بيع الوكيل من هؤلاء (بيعا من نفسه من وجه) فكان فيه تهمة إيثار العين. قال صاحب العناية في شرح دليل أبي حنيفة هاهنا: ولأبي حنيفة القول بالموجب.

أقول: ليس الأمر كذلك؛ لأن القول بالموجب على ما تقرر في كتب الأصول التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف، وها هنا ليس كذلك؛ لأن حاصل التعليل المذكور من قبلهما أن التوكيل مطلق والتهمة منتفية لتباين الأملاك وانقطاع المنافع.

وحاصل ما ذكر من قبله أن التهمة متحققة والمنافع متصلة، والظاهر أن مآل هذا منع لما علل به من قبلهما لا تسليم والتزام، فلم يكن له من القول بالموجب في شيء. نعم فيه تسليم لمقدمة واحدة من التعليل المذكور وهي أن التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها مطلوبهما فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما كما لا يخفى. قال المصنف (والإجارة والصرف على هذا الخلاف) يعني أن الوكالة بالإجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور، وإنما خصهما بالذكر؛ لأن الإجارة شرعت **على خلاف القياس**؛ لأن المعقود عليه وهو المنافع معدومة، والصرف مشروط بشروط عري عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالإجماع، فبين أن الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما، كذا في الشروح.

أقول: السلم أيضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير، فكان الأحسن أن يذكره المصنف معهما، كما قال في المختلف حيث." (١)

"فيتحالفان؛ كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة، ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة،

ــــــQالزيادة المدعاة، فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر. فإن قيل: يجوز أن تكون كلمة حلف في قوله وإذا حلف البائع إلخ على صيغة المبني للمفعول من التفصيل، وأن يكون المعنى إذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة: أي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله.

قلنا: فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى.

ثم إن بعض الفضلاء قصد حل كلام صاحب العناية هاهنا فقال في تفسير قوله بالنكول: أي بنكول المشتري، وقال: وقوله بالنكول متعلق بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن، وقال في تفسير قوله وإذا حلف البائع: يعني بعد حلف المشتري، وقال: فإن قيل: دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ليس إلا. قلنا: إذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة وتندفع الزيادة المدعاة انتهى.

أقول: جملة ما ذكره ليست بشيء، أما في تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلأنه لا يكون للكلام حينئذ معنى معقول أصلا، لأنه إن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة: أي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه له لأن زيادة الثمن إن ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير، وإن كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الثابت في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له، لأن زيادة الثمن إذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري يجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه، بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري أصلا على ما مر غير مرة.

وأما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فإن قيل إلخ عليه. وأما جوابه عن السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من أنه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز أن تكون

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٧٦/٨

القيمة المساوية للزيادة المدعاة بل أزيد منها.

وقال صاحب غاية البيان: قوله وإنه يفيد دفع زيادة الثمن: أي إن دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتأويل الادعاء انتهى. أقول: وفيه أيضا بحث، لأن دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الإعطاء أو معنى المنع، وإنما الذي يفيد دفعها بنية المشتري أو حلفه إن كان المراد بالدفع معنى المنع، ونكوله إن كان المراد به معنى الإعطاء، على أن الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان فائدة تحليفه فقط، فلو كان مراد المصنف ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (فيتحالفان) هذا نتيجة الدليل المذكور (كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة) بأن ادعى أحدهما العقد بالدراهم والآخر بالدنانير فإنهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة (ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض **على خلاف القياس** لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به) أي التحالف (في حال قيام السلعة) وهو قوله." (١)

"والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ، ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود، وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته

ــــــQ- صلى الله عليه وسلم - «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة.

فإن قيل: فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة بالدلالة. أجاب بقوله (والتحالف فيه) أي في حال قيام السلعة (يفضي إلى الفسخ) فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه إليه (ولا كذلك بعد هلاكها) أي بعد هلاك السلعة (لارتفاع العقد) أي بالهلاك؛ ألا يرى أنه لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف إذ الفسخ لا يرد إلا على ما ورد عليه العقد (فلم يكن في معناه) أي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة فبطل الإلحاق أيضا (ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود) هذا جواب عن قول محمد والشافعي أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره: أي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، فلغا ذكر

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٨/٢١٥

السبب وصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الألف الزائد، وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لأن البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر، وإنكاره صحيح لأن المبيع لا يسلم للمشتري إلا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الألف وهو يكفي للصحة، كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية أخذا من الكافي.

وقال صاحب العناية في تقريره: قوله ولأنه لا يبالي إلخ جواب عن قولهما إن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلم: أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيه، لأن اختلاف السبب إنما يعتبر إذا أفضى إلى التناكر وهاهنا ليس كذلك، لأن مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين. ثم قال: ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعا وهبة، فإن في كل واحد منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب.

وأجيب عن الأول بثبوته بالنص **على خلاف القياس**، وعن الثاني بأنه على الاختلاف، والمذكور في بعض الكتب قول محمد انتهى (وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته) هذا أيضا جواب عن قولهما وأنه يفيد دفع زيادة الثمن: يعني أن المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول،." (١)

"وهذا إذا كان الثمن دينا، فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل. .

قال (وإن هلك أحد

ـــــــQوليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه.

هذا زبدة ما في الشروح. واعترض عليه بعض الفضلاء بأن ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف، غايته أنه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى. أقول: مدار هذا الاعتراض على عدم فهم معنى المقام وزعم أن المراد بملك المبيع وقبضه ملك البائع المبيع وقبضه إياه، وليس المراد به ذلك

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٢١٦/٨

قطعا، إذ لا شك أن الذي من موجبات العقد هو ملك المشتري المبيع وقبضه إياه. وأما ملك البائع المبيع وقبضه إياه فمن موجبات الفسخ دون العقد، وهذا مما لا سترة به.

ثم أن قوله غايته أن يملكه بالقيمة إلخ كلام ساقط مع قطع النظر عن ذلك تأمل تقف. ثم إن صاحب العناية بعد شرح هذا المقام قال: وفيه نظر، لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة التحالف وليس من موجبات العقد. والجواب أنه ثبت بالنص **على خلاف القياس** انتهى. واعترض بعض الفضلاء على الجواب بأن قال فيه تأمل فإنه قبل القبض على وفاق القياس انتهى.

أقول: لم يعتبر التراد فائدة للتحالف إلا بعد القبض، إذ الرد إنما يتصور بعد القبض فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور. نعم لقائل أن يقول: الظاهر أن للتحالف قبل القبض فائدة ما، فأي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد ألبتة، لأن موجب التحالف فسخ العقد وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد (وهذا) أي وهذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع (إذا كان الثمن دينا) أي ثابتا في الذمة بأن كان من الدراهم أو الدنانير أو المكيلات أو الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة (فإن كان عينا) أي فإن كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بأن كان العقد مقايضة وهلك أحد العوضين (يتحالفان) أي بالاتفاق (لأن المبيع في أحد الجانبين قائم) فإن كل واحد من العوضين في بيع المقايضة مبيع وثمن، ولا يتعين أحدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر في كتاب البيوع (فتوفر فائدة الفسخ) وهو التراد فيرد القائم (ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل) هذا إذا اختلفا في قدر البدل، وإن اختلفا في كون البدل دينا أو عينا إن ادعى المشتري أنه كان عينا يتحالفان عندهما، وإن ادعى البائع أنه كان عينا وادعى المشتري أنه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشتري، كذا في الكفاية.

(قال) أي القدوري في مختصره (وإن هلك أحد." (١)

"في قيمة الهالك. وقال محمد: يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك) لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى. ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره.

ولأبي حنيفة أن التحالف **على خلاف القياس** في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٨/٢١٧

السلعة بفوات بعضها، ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحذر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز

ـــــــQفي قيمة الهالك) هذا من تتمة قول أبي يوسف.

أقول: في عبارة الكتاب هاهنا قصور، لأن قول المشتري إنما يعتبر في حصة الهالك من الثمن الذي أقر به المشتري كما سيجيء تفصيله، لا في قيمة الهالك فإن القول فيها للبائع كما صرح به المصنف فيما سيأتي حيث قال: فإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع انتهى. وعن هذا قال صاحب الكافي: وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسد العقد في الحي والقول للمشتري في حصة الهالك من الثمن مع يمينه انتهى (وقال محمد: يتحالفان عليهما) أي على الحي والهالك (ويرد لحي وقيمة الهالك، لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى) قال صاحب العناية: والجواب أن هلاك البعض محوج إلى معرفة القيمة بالحزر وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز انتهى.

ورد عليه بأن المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه (ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك) أي لأجل الهالك (فيتقدر بقدره) أي يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على العلة (ولأبي حنيفة أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة) يعني أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس في حال قيام السلعة (وهي) أي السلعة (اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لانعدام الكل بانعدام جزئه، وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير، فحصل من هذا الدليل نفي القياس.

والجواب عن قول محمد – رحمه الله – كما لا يخفى (ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة) أي باعتبار القيمة كما سيأتي (وهي) أي القسمة (تعرف بالحرز والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز) فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة بتمامها، فحصل من هذا الدليل نفي الدلالة. والجواب عن قول أبي يوسف كما ترى. فإن قلت: ما الفرق لأبي حنيفة بين هذه المسألة وبين مسألة الإجارة فيما إذا أقام القصار بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار الأجرة، ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع، وفيه التحالف عند أبي حنيفة أيضا دون هلاك بعض المبيع.

قلت: الفرق بينهما من حيث إن عقد البيع في العبدين عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض في الهلاك تعذر في الباقي.." (١)

"فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق،

ــــــQيبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العيني. أقول: في قولهم ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل؛ لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور: أي فيما يوجد فيه المانع عنه، وفيما لم يوجد فيه ذلك؛ لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع، فلا يصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس، إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن يبطل في جميع الصور؛ لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة.

فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها من المواقع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس. واعترض بعض الفضلاء على قولهم؛ لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال: فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص **على خلاف القياس**. أقول: هذا ساقط؛ لأنه أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص **على خلاف القياس** أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص **على خلاف القياس** ضعيفا فما المحذور في ذلك، إذ الظاهر أن كل ما ثبت **على خلاف القياس** ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس. ألا ترى أنهم قالوا: كل ما ثبت بالنص **على خلاف القياس** من الأحكام يختص بمورد النص، بخلاف ما ثبت به على وفق القياس، وإن أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص **على خلاف القياس** موقوفا على الرضا أو القضاء فهو ممنوع، وإنما يكون كذلك لو كان قوله: وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء، وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله؛ لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء، وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، ولا تجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت **على خلاف القياس** فلا انتقاض به.

ثم إن الإمام المطرزي قال في المغرب: الوهاء بالمد خطأ، وإنما هو الوهي مصدر وهي الحبل يهي وهيا إذا ضعف اهـ. وقد نقله عنه كثير من الشراح هاهنا ولم يتعرضوا له بشيء، ونقله عنه صاحب العناية أيضا وقال: وهو خطأ؛ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطإ خطأ. اهـ. ولا يذهب على ذي فطانة أن الخطأ هاهنا إنما هو في كلام صاحب العناية، فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب:

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٨/٢١٩

وإنما هو الوهي مقصور الوهاء، وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي، ومن البين فيه قول صاحب المغرب: مصدر وهي الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا، ولو كان مقصورا لقال وها كما لا يخفى، وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال: وقول صاحب العناية: لأن مد المقصور السماعي ليس بخطإ خطأ؛ لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد، والمصدر هاهنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد. اهـ.

ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال: فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وإنما هو الوهي: يعني بتسكين العين، ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطأ؛ لأن هذا أيضا مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى يقلي قليا وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك. وقد قال الجوهري: القلي البغض، فإن فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قليا وقلاء. اهـ كلامه. أقول: أخطأ هذا الشارح أيضا في تخطئة صاحب المغرب؛ لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضا مصدرا، إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس، فمجيء القلاء مصدرا من قلى يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضا مصدرا من وهى يهي، فإن الأول مسموع دون الثاني.

وقول صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته إياه في قوله الوهاء بالمد خطأ ينافي تصويبه إياه في قوله، وإنما هو الوهي؛ لأن في قوله هذا قصر مصدر وهى يهي على الوهي بتسكين الهاء، فكون وهاء أيضا مصدرا منه ينافي ذلك قطعا. ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كصاحبي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسألتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا: ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا ممن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما لولايتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اهـ. أقول: فيه نظر، أما أولا فلأنه منقوض." (١)

"والقياس يأبى جوازه؛ لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله – عليه الصلاة والسلام – «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» وقوله – عليه الصلاة والسلام – «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره» وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول،

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٧/٩

ــــــQالإجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع المنافع بل تكون إعطاء الأجر، وقد قال المصنف: إن الإجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة، ثم إن صاحب العناية قال هاهنا: بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي؛ لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة، وهو في بيان شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم. اهـ. أقول: فيه بحث؛ لأن كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء على أنه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي أو مخالفا له، مع أن دأب المصنفين عن آخرهم جرى على تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الأصل المتقدم، فالوجه عندي هاهنا أن المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الإجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض، ولكن طوى الصغرى فكأنه قال: لأن معنى الإجارة في الشرع هو معناها في اللغة. ومعناها في اللغة بيع المنافع. ولا يخفى أن هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل، تدبر فإنه وجه حسن.

(قوله: إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحته الآثار) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: إلا أنها جوزت **على خلاف القياس** بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر. اهـ. أقول: في تقريره قصور، إذ المتبادر من قولهـ إلا أنها جوزت **على خلاف القياس** بالأثر، ومن قوله فكان استحسانا بالأثر أن ينحصر دليل شرعيتها في الأثر وإلا لم تكن فائدة في ذكر قيد الأثر في الموضعين، وليس ذلك بمنحصر في الأثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} [الطلاق: ٦] وكقوله تعالى حكاية عن شعيب - عليه السلام - {أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج} [القصص: ٢٧] وكذا إجماع الأمة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره، بخلاف تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل.

(قوله: وهي قوله: - عليه الصلاة والسلام - «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه») قال الشراح: فإن الأمر بإعطاء الأجر دليل على صحته. أقول: لقائل أن يقول: سيأتي في باب الإجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل، إذ لا شك أن الواجب الشرعي مأمور بإعطائه من قبل الشرع، فلم يكن الأمر بإعطائه الأجر دليل صحة العقد، اللهم إلا أن يقال: وقع الأمر في الحديث المذكور بإعطاء الأجر المضاف إلى الأجير حيث قال «أعطوا الأجير أجره» وذلك يفيد كون المراد بالأجر المأمور بإعطائه الأجر المسمى للأجير دون أجر المثل مطلقا، والأمر بإعطاء الأجر المسمى للأجير لا يتصور إلا في الإجارة الصحيحة تبصر.

(قوله: وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) قال بعض الفضلاء: لا بد أن يتأمل في هذا." (١)

"ومكاتب الغير. وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه

ـــــQإلا أن يقال ذلك **على خلاف القياس** بالنص اهـ.

أقول: ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق، لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة. وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. وقالوا: خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض. وخرج بقولنا بطريق الأصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال. فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة اهـ.

ثم قال صاحب العناية: لا يقال هلا جعلت إسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا اهـ. وقال ذلك البعض من الفضلاء: لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اهـ.

أقول: ليس هذا بسديد، لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل، والمسقط أيضا هو المؤجل، وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا، بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حمل الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء. نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان أظهر، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الإسقاط

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/٦٠

فيه كما لا يخفى، وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لأنه اعتياض عن الأجل، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطا للبعض واستيفاء للبعض، فلو جعل إنما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الأجل بخمسمائة أخرى، والاعتياض عن الأجل لا يجوز اهـ (قوله وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) قال بعض العلماء: فيه مناقشة ظاهرة،." (١)

"وقال الشافعي: يضمنها، فيجب أجر المثل، ولا فرق في المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها. وقال مالك: إن سكنها يجب أجر المثل، وإن عطلها لا شيء عليه. له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب. ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك؛ لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته، والإنسان لا يضمن ملكه، كيف وأنه لا يتحقق ـــــQالثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم، إذا لا تفضي إليه غالبا فكان بين الكلامين تدافع فليتأمل في التوجيه

(قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك؛ لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول: مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده كما في استئجار الدور والأراضي والدواب ونحوها؛ لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الأجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الأجرة في ذلك بالإجماع، ولم أر أحدا حام حول جواب هذا الإشكال مع ظهور وروده إلا صاحب غاية البيان فإنه قال: والجواب عن مسألة الإيجاب.

قلنا: لا تجب الأجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين من جهة المالك؛ لأنه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع إلا بتمكنه كان ذلك طريقا للوصول إلى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة إلى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الأجرة باعتبار الحاجة اهـ.

أقول: هذا الجواب وإن كان يصلح أن يكون مخلصا هاهنا إلا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الإجارات، كقولهم الإجارة تمليك النافع بعوض، وقولهم والقياس يأبى جوازها؛ لأن المعقود عليه

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٩٢/٩

المنفعة وهي معدومة، وقولهم وتنعقد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع؛ لأن المعاوضة تقتضي التساوي، والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة، وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجوب المنفعة، إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الأجرة بمقابلة المنافع، ولعل تأويل كلها متعسر بل متعذر تأمل تقف.

ثم أقول: الأولى في الجواب عندي أن يقال: اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدثت المنافع في يده إنما هو على موجب القياس، وقد تقرر في أول كتاب الإجارات أن القياس يأبى جوازها، إلا أنها جوزت بالنص استحسانا لحاجة الناس إليها، وأن جوازها عندنا **على خلاف القياس** باعتبار إقامة العين التي هي لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام." (١)

"لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه) لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي، إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش (لأن تصرفه مقيد بالعدل)

ـــــــQالغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الأول: وإنما وجب التحالف لأن القسمة في معنى البيع، وفي البيع إذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان إذا كان قائما هكذا في القسمة وقال: هذا إذا لم يسبق منهما إقرار باستيفاء الحق وأما إذا سبق لا تسمع دعوى الغلط إلا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني: إذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الأول، فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع، والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فإذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا، بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة إلى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة، لأن دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/٣٥٥

الذخيرة لا يناقض الإقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل

(قوله لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول: فيه بحث، وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما إذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس، لأن أحد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها، وإن الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف، وأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه، لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله – عليه الصلاة والسلام – «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» فإذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فإنه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئا، وإنما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس، ولا مجال لإجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لأن ذلك النص كان واردا في البيع **على خلاف القياس**، وقد تقرر عندهم أن ما يرد **على خلاف القياس** يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص، لأن القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه إذ فيها معنى الإفراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة، والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الإفراز، ولا بد في الإلحاق بطريق الدلالة من الأولوية أو التساوي على ما عرف." (١)

"والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت، بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايئا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة في إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر، لأن الدارين عندهما كدار واحدة.

وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا، وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى، بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٩/٤٤٩

يجوز) اعتبارا بقسمة الأعيان.

وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق. والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا، بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها.

وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية

ـــــQمن وجه، مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة، وإذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر عليها، وقيل تعتبر إفرازا من وجه، عارية من وجه، لأنها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لأنه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وأنه يحرم ربا النساء والأول أصح لأن العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص **على خلاف القياس** فيما هو مبادلة في الأعيان من كل وجه فلا يتعدى إلى غيره انتهى أقول: هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط، وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث، وهو أنه قد مر في كتاب الإجارات أن إجارة المنافع بجنسها كإجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا.

وقالوا في تعليل ذلك: إن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة. وقال المصنف هناك: وإليه أشار محمد – رحمه الله تعالى – فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد إلى غيره لما تم. استدل أئمتنا في الإجارات على عدم صحة إجارة المنافع بجنسها بربا النساء. نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الأول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار إليه محمد – رحمه الله تعالى – وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق: وإن كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما، لأن المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الأعيان وقسمة الأعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف، فكذا قسمة المنافع انتهى، أقول: وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا.

أما أولا فلأنه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة، ولهذا لا يشترط فيه التأقيت. ولا يخفى أن التهايؤ في الجنس المختلف إنما يتصور بأن انتفع أحد الورثة بأحد الأجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ." (١)

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٥٩/٩

"في غير الملك، ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضي إليه، ولم يذكر الدواعي في المسبية. وعن محمد أنها لا تحرم؛ لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك

ــــــQقائم بدون زوال العذرة. وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره. ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة: بأن الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما. بل على الحكمة بأنها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الأنواع المضبوطة انتهى.

وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود؛ لأن مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الأنواع ليعم الحكم تلك الأنواع لا لتكون الحكمة حكمة. فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع هاهنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها اهـ.

أقول: ليس هذا بشيء، فإن شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة، فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه، ومنها ما يتيسر ذلك. ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا إنها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه، وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم، وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية، فإن الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه، ولا يدفع الحاجة إلى ثبوت الحكمة فيه؛ فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الأنواع هاهنا بالحديث فلا حاجة إلى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا، فإن مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسألة لأن يكون حكمة فيها، وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع. ثم أقول: بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة، وهو أن قوله فإذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام، فإن النص ورد في المسبية **على خلاف القياس** لتحقق المطلق للاستمتاع بما وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها، وشرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الأصول فأنى يتيسر إثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس.

فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا. فإن الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر

الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة أو فكت المرهونة (قوله ولم يذكر الدواعي في

المسبية. وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية: واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها. وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب، وفيه نظر من وجهين: أحدهما: أن التعدي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع،؛ لأن عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط. والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران: الإفضاء، والوقوع في غير الملك، فإن لم تحرم بالثاني فلتحرم بالأول. إذا الحرمة تؤخذ بالاحتياط. ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هاهنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه، والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء.

فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر، ولما كان في غيرها أمران تعاضدا." (١)

"لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي، بخلاف المشتراة على ما بينا.

(والاستبراء في الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفي ذوات الأشهر بالشهر) ؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة، وإذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في المعتدة. فإن ارتفع حيضها تركها، حتى إذا تبين أن ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية. وقيل يتبين بشهرين

ـــــQاعتبرت، إلى هنا لفظ العناية. أقول: في قوله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر، فإن العلة إذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها. ولا تضر بالعمل بها وإن كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه، كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية، بل نرى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة. والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى. والظاهر أن الإفضاء إلى الحرام علة صحيحة تامة. ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لإفضائها إلى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير، ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين، واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الأولى كما في الظهار والاعتكاف والإحرام، وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة كما سيجيء في الكتاب.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٥/١٠

هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية: ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم، ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك: ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى.

أقول: ليس هذا بمستقيم. أما أولا فلأن المنع وظيفة المجيب. فإن حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بتغيير كما عرف في علم الأصول، والاستناد بأنها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق، فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة. وأما ثانيا فلأن منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا، إذ قد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن القياس. وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت **على خلاف القياس** لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه، وإنما يتيسر الإلحاق بطريق الدلالة، وقد أشار إليه هاهنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك. ثم إن لذلك البعض في هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها دوما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية.

وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات انتهى. وتبعه العيني. أقول: هذا خبط ظاهر، إذ لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحدة منهما أصدق الرغبات. فكيف يصح أن يشير المصنف في بيان الخلاف بينهما إلى ما لا فرق بينهما فيه أصلا، وإنما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع إذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لأنها لا تحتمل وقوعها في ملك الغير؛ لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي اهـ.

(قوله والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية: وقوله لما روينا إشارة إلى قوله – عليه الصلاة والسلام – «ولا الحيالى حتى يضعن حملهن» انتهى. أقول: قد سها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه المصنف فيما مر حيث قال «ولا الحيالى حتى يضعن حملهن» مع أن لفظه

«ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبرأن» ولعمري إن هذا كان أظهر من أن يخفى فكأن السهو وقع من." (١)

"ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) ؛ لأن الزجر مثل الانفلات؛ لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل، وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) ؛ لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للأول) ؛ لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية إلا أن الإرسال حصل من الصيد، والمعتبر في الإباحة والحرمة حالة الإرسال فلم يحرم بخلاف ما إذا كان الإرسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول.

فصل في الرمي (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا،

ـــــــQويمكن أن يقال: المراد من الجواب المذكور أن الأصل الذي ذكروه إنما هو على موجب القياس، ووجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة إنما ثبت بدلالة النص **على خلاف القياس** بناء على أن القياس يترك بالنص، وهذا لا يقدح في كلية الأصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله؛ لأن الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح: يعني من حيث إن كل واحد غير مشروط في حل الصيد، بخلاف الإرسال انتهى

أقول: ليس هذا الشرح بسديد عندي؛ إذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون فعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله، بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي، فالوجه ها هنا أن يقال: يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف، وتعليل المصنف إياه بقوله؛ لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤٦/١٠

[فصل في الرمي]

(فصل في الرمي) لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية، وقد مر وجه تقديم الأول." (١)

"في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب، حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل.

قال: (وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم، لأنه جزء من وجه، وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل. ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان، ولا معتبر في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف: يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر إن شاء الله تعالى، فصح الاعتبار على أصله. قال (فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق) لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية، وتجب قيمته حيا لأنه بالضرب صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف.

ـــــــQواحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح، ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل. وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص **على خلاف القياس** كما ذكرنا، وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد، وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن، فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان، كذا في العناية أخذا من النهاية.

وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال لقائل أن يقول: النص وهو قوله - عليه الصلاة والسلام - «في الجنين غرة» يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق انتهى. أقول: هذا أمر عجيب من مثله، فإن مضمون إيراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة، فإن كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب، وإن لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إيراده أصلا، والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ١٠/١٢٥

هكذا. فإن قلت: عموم قوله – عليه الصلاة والسلام – «في الجنين غرة، عبد أو أمة» يتناول المتنازع فيه. قلت: لا بد من إضمار فيصير كأنه قال في إتلاف الجنين غرة، والشك واقع في ذلك انتهى، تأمل في تفصيل جوابه لعله سمت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها)." (١)

"وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة، وإن لم تكن استحلفه يمينا واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس.

ثم إن حلف برئ وإن نكل والدعوى في المال ثبت به، وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى. قال (وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روي أن عمر – رضي الله عنه – لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية.

وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك، ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة، ثم فيه استعظام أمر الدم، فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال. قال (ولا قسامة على صبي ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح. قال (ولا امرأة ولا عبد) لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها.

قال (وإن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لأنه ليس بقتيل، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف أنفه، والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا، وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق، وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج منها إلا بفعل من جهة الحي عادة، بخلاف ما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد، وقد ذكرناه في الشهيد.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٠٥/١٠

(ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقا

ـــــQيقضي بالدية في القسامة أيضا عند النكول، لكن يبقى إشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتأمل في الدفع.

(قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس) أقول: فيه بحث، لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم، لكن لا يجدي هنا نفعا، إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد **على خلاف القياس** يختص بمورده، والنصوص فيما نحن فيه واردة **على خلاف القياس** كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها، وهو ما إذا وجد القتيل في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس، وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع إذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما إذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب.

(قوله ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول: يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تجيء في آخر هذا الباب، وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها. وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت، وسيجيء." (١)

"بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم) لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن، إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي، بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة، ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان،

ـــــQفي كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل.

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٧٩/١٠

(قوله لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي، بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص **على خلاف القياس**، والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكما وإن لم يكن كلا حقيقة، فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لأمر الدم وما سواه ليس **ب**كل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية، كذا في غاية البيان. أقول: في هذا التعليل شيء، وهو أنه قد ذكر في وضع المسألة أنه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية. والتعليل المذكور إنما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما إذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما إذا وجد النصف ومعه الرأس فيها، فإن الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره، فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب، اللهم إلا أن يقال: النصف إذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به، فيصير قول المصنف: إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الأكثر حقيقة أو حكما فيتم التقريب بهذا التأويل. ثم بقي شيء آخر، وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل؛ لأنه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن إفادة تمام المقصود، إذ قد ذكر من قبل أنه إن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم. ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل إلخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب، فالأولى أن يقال: بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس إلخ، وكأن صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل إلخ وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ.

وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث، لأن هذا قياس انتهى.

أقول: ليس ذاك بوارد، فإن هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو إلحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق به في قوله **ب**خلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به، والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى.

(قوله ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني لو وجبت بالأقل لوجبت بالأكثر أيضا إذا وجد، وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر أيضا إذا وجد، فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة، وذلك لا يجوز إذ لم تشرعا مكررتين قط. قال في غاية البيان: كان ينبغي أن يقول: يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لأنه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك، وقصد." (١)

"ومحكي عن عمر – رضي الله عنه –، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى. ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا، وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة،

ــــــQعلى المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود هنا بلا ريب.

(قوله ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف، والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول: في تمام هذا التعليل كلام، لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة، فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين، فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين. وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة، فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين، فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية أيضا كما ترى. نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول: فيه بحث، وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما، إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به، والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلا بثلاث سنين، فإنه هو المروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وهو المحكي عن عمر – رضي الله عنه – كما مر آنفا، فينبغي أن يختص

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٨٠/١٠

التأجيل بثلاث سنين، إذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد **على خلاف القياس** يختص بما ورد به، وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه؟ (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية: وفي بعض النسخ: ولو خرج للقابل: أي للعام القابل وهو الأصح انتهى. وتبعه الشارح العيني.

أقول: كيف يكون ذاك هو الأصح، وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضا، لأن ما يخرج للعام القابل: أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعا، فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعي إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل: أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى.

نعم في النسخة الأولى أيضا كلام، وهو أنه في جواب هذه المسألة يؤخذ منها كل الدية، ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط، إلا أنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل: أي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح: قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء.." (١)

"تضعونها حيث شئتم» أو قال «حيث أحببتم» وعليه إجماع الأمة. ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا، وسنبين ما هو الأفضل إن شاء الله تعالى.

قال (ولا تجوز) (بما زاد على الثلث) لقول النبي - عليه الصلاة والسلام - في حديث سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - «الثلث والثلث كثير» بعد ما نفى وصيته

_____Qالإمام المحقق فخر الإسلام في أصوله، وقد قررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة، والوصية الأولى كانت معهودة فإنها الوصية للوالدين، فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض، لأن المحل محل بيان ما فرض

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٣٩٦/١٠

للوالدين، وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة، وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى.

أقول: يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة، فإن المواريث وإن لم ترتب في هذه الآية الوصية الأولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل {من بعد وصية يوصى بها} [النساء: ١٢] فدخلت تلك الوصية الأولى أيضا تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساخ الآية الأولى بهذه الآية، وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط إفادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب في مقدار الثلث، وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الإسلام فنسخ بآية المواريث بأن قال: فيه نظر؛ لأن آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث إنها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى.

ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية " لرتب هذه الوصية عليها " في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال: ولعل هنا سهوا، والعبارة الصحيحة لرتبة عليها انتهى.

أقول: إنما الساهي نفسه، لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث، ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى، فإنه تعالى قال في أول آية المواريث {يوصيكم الله في أولادكم} [النساء: ١١] وقال المفسرون: أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن ميراثهم، ثم قال تعالى في آخر تلك الآية {وصية من الله} [النساء: ١٢] فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن.

(قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله – عليه الصلاة والسلام – في حديث سعد بن أبي وقاص – رضي الله عنه – «الثلث والثلث كثير» بعدما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين: يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة، وقوله – عليه الصلاة والسلام – «إن الله

تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم» إلخ وإن دل عليه أيضا لأنه دل على جواز الوصية بالثلث **على خلاف القياس** فبقي ما فوقه." (١)

"بالكل والنصف، ولأنه حق الورثة، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك مصيره على ما بيناه، وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الإيثار على ما نبينه، وقد جاء في الحديث

ـــــQعلى الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لا يخفى عليك أن قوله – عليه الصلاة والسلام – «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم» إلخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر، ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف، وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث. فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله – عليه الصلاة والسلام – «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم» إلخ وإن دل عليه أيضا، ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث **على خلاف القياس** فبقي ما فوقه على الأصل، فإن بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلا، وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث.

وقال ذلك البعض: إلا أن لقائل أن يقول: نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث، فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى.

أقول: هذا أيضا ليس بتام، لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث إلا أن قوله – عليه الصلاة والسلام – «الثلث كثير» : بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث، أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر: أي الثلث كاف، أو على أنه فاعل محذوف الفعل: أي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث، فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه، إذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤١٥/١٠

الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة، وقد أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله – عليه الصلاة والسلام – في حديث سعد – رضي الله عنه – «الثلث والثلث كثير» بعد نفي وصيته بالكل والنصف، ولم يقل لحديث سعد، فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع.

(قوله ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بأن قال: ولأنه انعقد سبب زوال أملاكه عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه، ولو تحقق السبب لزال من كل وجه، فإذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى. أقول: في هذا التعليل قصور، لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته، إذ لا ينعقد سبب الزوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته، فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به، فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولأن الوصية بالمال إيجاب." (١)

"ظاهر الرواية لأن الصلح وقع على ذلك ومن ثمة لا يراعى فيها وصف الصغار والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية والمرأة من أهلها ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون بخلاف أرضهما لأن العشر ليس بعبادة محضة ليخص العقلاء البالغين فيؤخذ من أرضهما وقد أجاب أبو يوسف من قبل أبي حنيفة بأن التضعيف ثبت بالإجماع **على خلاف القياس** في قوم معينين للضرورة السالفة وهي منتفية هنا فلا يصار إليه مع إمكان ما هو الأصل في الكافر وهو الخراج فالصحيح ما قاله أبو حنيفة كما ذكره فخر الإسلام وغيره وهذا هو القسم الثالث (ومؤنة فيها معنى العقوبة) وهي (الخراج أما المؤنة فلتعلق بقائها)

أي الأرض لأهل الإسلام (بالمقاتلة المصارف) له كما بيناه آنفا (والعقوبة للانقطاع بالزراعة عن الجهاد) لأنه يتعلق بالأرض بصفة التمكن من الزراعة والاشتغال بها عمارة الدنيا وإعراض عن الجهاد وهو سبب الذل شرعا (فكان) الخراج (في الأصل صغارا) كما أشار إليه ما في صحيح البخاري «أن أبا أمامة الباهلي قال ورأى سكة وشيئا من آلة الحرث سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: لا يدخل هذا بيت قوم إلا أدخله الذل» (وبقي) الخراج للأرض الخراجية وظيفة مستمرة (لو اشتراها مسلم) أو ورثها أو

---

(١) فتح القدير للكمال ابن الهمام الكمال بن الهمام ٤١٦/١٠

وهبها أو أسلم مالكها (لأن ذلك) أي الصغار (في ابتداء التوظيف) لا في بقائه نظرا إلى ما فيه من رجحان معنى المؤنة التي المؤمن من أهلها وهذا هو القسم الرابع (وحق قائم بنفسه أي لم يتعلق بسبب مباشر) أي شيء ثابت بذاته لم يتعلق بالذمم بسبب مقصود وضع له يجب باعتباره أداؤه على المكلف بل ثبت بحكم أن الله مالك الأشياء كلها وهو (خمس الغنائم) أي الأموال المأخوذة من الكفار قهرا لإعلاء كلمة الله
فإن الجهاد حق الله إعزازا لدينه وإعلاء لكلمته فالمصاب كله حق الله تعالى إلا أنه سبحانه جعل أربعة أخماسه للغانمين امتنانا منه عليهم من غير أن يستوجبوها بالجهاد لأن العبد بعمله لمولاه لا يستحق عليه شيئا واستبقى الخمس حقا له وأمر بالصرف إلى من سماهم في كتابه العزيز فتولى السلطان أخذه وقسمته بينهم لأنه نائب الشرع في إقامة حقوقه لا أنه حق لزمنا أداؤه بطريق الطاعة (ومنه) أي الحق القائم بنفسه (المعدن) بكسر الدال وهو في الأصل المكان بقيد الاستقرار فيه من عدن بالمكان أقام به ثم اشتهر في نفس الأجزاء المستقرة التي ركبها الله تعالى في الأرض يوم خلقها (والكنز) وهو المثبت فيها من الأموال بفعل الإنسان والركاز يعمهما لأنه من الركز مرادا به المركوز أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق فهو مشترك معنوي بينهما ثم المراد بالمعدن هنا عند أصحابنا الجامد الذي يذوب وينطبع كالنقدين والحديد والرصاص والنحاس وبالكنز ما لا علامة للمسلمين فيه حتى كان جاهليا لأن هذين لا حق لأحد فيهما وقد جعل الشارع أربعة أخماس كل منهما للواجد وبقي الخمس له تعالى مصروفا إلى من أمر بالصرف إليه وقد ظهر أن المراد خمسهما ولو صرح به لكان أحسن (فلم يلزم أداؤه) أي الخمس في هذه الأموال (طاعة) فيشترط له النية ليقع دفعه قربة بها (إذ لم يقصد الفعل) أي لأن الفعل وهو دفعه غير مقصود (بل متعلقه) أي الفعل هو المقصود وهو المال المدفوع فالنفي راجع إلى القيد الذي هو طاعة (بل هو) أي الخمس (حق له تعالى) كما بينا (فلم يحرم على بني هاشم إذا لم يتسخ إذ لم تقم به قربة واجبة)
قلت: والأولى الاقتصار على قربة بناء على حرمة الصدقة النافلة عليهم كالمفروضة لعموم قوله – صلى الله عليه وسلم – «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد إنما هي أوساخ الناس» رواه مسلم إلى غير ذلك فوجب اعتباره كما قاله المصنف في فتح القدير ثم كيف يحرم عليهم الخمس وقد أخرج الطبراني عنه – صلى الله عليه وسلم – »لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء وإنما هي غسالة أيدي الناس وإن لكم في خمس الخمس ما يغنيكم» .
ثم إنما قيدنا المعدن والكنز بالقيدين المذكورين لأنهما بدونهما ليس حكمهما ذلك كما عرف في الفروع

ولعلهم إنما لم يقيدوهما بهما في الأصول اعتمادا على إحاطة العلم بهما في الفروع ثم قيل إنما ذكر المعادن مع أنها." (١)

"ذلك فيها (كالحجر على كميات متساوية) أي الحجر على تقطيع واحد بأجرة واحدة لا يضمن منفعة إحداها بالأخرى مع وجود المشابهة صورة ومعنى فلأن لا يضمن بالأعيان مع أن لا مماثلة بينهما صورة ومعنى أولى ولما ذهب الشافعي إلى ضمانها بناء على أنها مال متقوم كالعين بدليل ورود العقد عليها؛ لأن غير المال لا يرد العقد عليه كالميتة والدم وأشار إلى دفعه بقوله (ورود العقد عليها لتحقق الحاجة) أي ثبت تقومها في العقد لقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس فإن حاجتهم ماسة إلى شرعية عقد الإجارة ولا بد له من محل يضاف إليه فجعلت محرزة حكما **على خلاف القياس** بأن أقيم العين مقامها وأضيف العقد إليه.

ومن ثمة لا يجوز إضافته إلى المنافع حتى لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا لا يصح وليس مثل هذه الضرورة في ضمان العدوان فيبقى على الحقيقة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها هنا أيضا؛ لأن في القول بعدم وجوب الضمان انفتاح باب الظلم وإبطال حق الملاك بالكلية أجيب بالمنع فإن الحاجة فيما يكثر وجوده لا فيما يندر والعدوان مما يندر فإنه منهي عنه وسبيله عدم الوجود (ولم ينحصر دفعها) أي حاجة دفع العدوان (في التضمين بل الضرب والحبس أدفع) للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي تعزيرا له على عدوانه على أن ضمان المنافع بالعقد لو كان على وفق القياس لا يصح قياس العدوان عليه للفرق المؤثر بينهما فإن ضمان العقد إنما وجب بالتراضي وللرضا أثر في إيجاب أصل المال بمقابلة ما ليس بمال كما في الخلع والصلح عن دم العمد، وفي إيجاب الفضل أيضا.

كما لو باع شيئا بأضعاف قيمته فإنه يصح ويجب على المشتري الفضل على القيمة لرضاه به وضمان العدوان يبنى على أوصاف العين من الجودة والرداءة بجبر القاضي لا على التراضي فانتفى الجامع بينهما ولا يبطل حق المالك بل يتأخر إلى الدار الآخرة هذا، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى الكبرى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي جامع الفتاوى نقلا عن المحيط الصحيح لزوم الأجران معدا للاستغلال بكل حال وحكى بعضهم الإجماع على ضمان المنافع

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ٢/١٠٨

بالغصب والإتلاف إذا كان العين معدا للاستغلال بل وسيذكر المصنف في ذيل الكلام على العلة من مباحث القياس أنه ينبغي الفتوى بضمان المنافع مطلقا لو غلب غصبها وهو حسن كما نذكره ثمة إن شاء الله تعالى، والله سبحانه أعلم. (ولا) يضمن (القصاص بقتل المستحق عليه) القصاص بقصاص ولا دية.

(ولا) يضمن أيضا (ملك النكاح بشهادة الطلاق بعد الدخول إذا رجعوا) أي الشهود بالطلاق بشيء (خلافا للشافعي فيهما) أي في هاتين المسألتين فإن عن الشافعي أن القاتل للقاتل يضمن الدية؛ لأن القصاص ملك متقوم للولي ألا يرى أن القاتل إذا صالح في مرضه على الدية يعتبر من جميع المال وقد أتلف عليه ذلك بقتله فيضمن وأن الشهود يضمنون للزوج مهر المثل؛ لأن ملك النكاح متقوم على الزوج فيكون متقوما عليه زوالا؛ لأن الزائل عين الثابت بل أولى؛ لأن ملك اليمين يجوز اكتسابه بلا بدل بخلاف ملك النكاح فإنه لا ينفك عن مهر، وإنما قلنا نحن لا يضمن القصاص بالدية وملك النكاح بعد الدخول بالمهر (لأن الدية ومهر المثل لا يماثلانهما) أي القصاص وملك النكاح صورة ولا معنى، أما صورة فظاهر وأما معنى فلأن المقصود من القصاص الانتقام والتشفي بإعدام الحياة للإحياء ومن ملك النكاح السكن والازدواج وإبقاء النسل فلم يكونا مالا متقوما.

(والتقوم) بالمال في باب القتل وملك النكاح (شرعي للزجر) كما في قتل الأب ابنه عمدا (أو لجبر) كما في القتل الخطأ (وللخطر) أي لشرف المحل فيهما أيضا صيانة للدم عن الهدر ولشرف بضع المرأة في ملك النكاح حالة ثبوته تعظيما له ليكون مصونا عن الابتذال بتملكه مجانا فإن له خطرا كالنفوس لكون النسل حاصلا منه ولذا لا يملك إلا بمهر وشهود وولي في بعض أو مطلقا على الاختلاف فيه." (١)

"في حق الصلاة لا يمنع ثبوت الوجوب معه ليظهر في حق القضاء لعدم الحرج بانتفاء ثبوت الكثرة لعدم الدخول في حد التكرار بخلاف الممتد أكثر منهما على اختلاف في المراد به كما سيأتي فإنه يمنع ثبوت الوجوب ليظهر في القضاء لثبوت الحرج بثبوت الكثرة بالدخول في حد التكرار فلا يقضي شيئا (بخلاف النوم فيهما) أي اليوم والليلة استيعابا لهما فإنه لا يمنع ثبوت الوجوب معه ليظهر حكمه في حق الحلف الذي هو القضاء (إذ لا حرج لعدم الاعتداد عادة) بل هو نادر فإن قيل النيابة تجري في العبادات المالية كتوكيل المكلف غيره بأداء زكاة ماله فينبغي أن يجب على الصبي ويؤدي عنه وليه كما قال الشافعي فالجواب أن الجاري فيها النيابة شرطها أن تكون اختيارية؛ لأن فعل النائب فيها ينتقل إلى المنوب عنه

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٣٠/٢

فيصح عبادة وهذا لا يتم في الجبرية كنيابة الولي كما أشار إليه بقوله (والزكاة وإن تأدت بالنائب لكن إيجابها للابتلاء بالأداء بالاختيار وليس) الصبي (من أهلهما) أي الأداء والاختيار كما تقدم فلم تجب عليه (ولذا) أي ولأن إيجاب العبادة للابتلاء بالأداء بالاختيار (أسقط محمد الفطرة) أي وجوبها عليه (ترجيحا لمعنى العبادة) فيها وانتفائها فيه.

(واكتفيا) أي أبو حنيفة وأبو يوسف (بالقاصرة) أي بالأهلية القاصرة فيها فأوجباها عليه (ترجيحا للمؤنة) فيها وقد سبق أن قول محمد أوضح (وبخلاف العقوبات كالقصاص والأجزية كحرمان الإرث بقتله) لمورثه فإنها لا تجب عليه لعدم صلاحيته للأداء؛ لأنه ليس من أهل العقوبة والجزاء؛ لأنهما جزاء التقصير وهو لا يتصور ممن لا قصد له فلا جرم أن قال (لأنه لا يوصف بالتقصير واستثنى فخر الإسلام) والقاضي أبو زيد والحلواني وموافقوهم (من العبادات) أي من عدم وجوبها على الصبي العاقل (الإيمان فأثبت) فخر الإسلام وكذا موافقوه (وجوبه) أي الإيمان (في الصبي العاقل لسببية حدوث العالم) بما فيه من الآيات الدالة على ربوبية الباري تعالى لنفس وجوب الإيمان؛ لأن الوجوب يثبت جبرا وقيام الذمة له (لا الأداء) أي، ولم يثبت وجوب الأداء؛ لأنه بالخطاب وهو ليس بأهل له؛ لأن أهليته له منوطة بكمال العقل واعتداله وهو لا يثبت إلا بالبلوغ.

(فإذا أسلم عاقلا وقع) إسلامه (فرضا) ؛ لأن صحته لا تتوقف على وجوب الأداء بل على مشروعيته كصوم المسافر ثم هو في نفسه غير متنوع إلى فرض ونفل بل لا يحتمل النفل أصلا فوقع فرضا (فلا يجب تجديده) أي إسلامه حال كونه (بالغا كتعجيل الزكاة بعد السبب) لوجوبها فصار أداء الإيمان في حقه كتعجيل الزكاة من المكلف بعد سبب وجوبها قبل وجوب أدائها عليه (فإن قيل مثله) أي جواز تعجيل الحكم بعد تحقق سبب وجوبه قبل وجوب أدائه (يتوقف على السمع) ؛ لأن سقوط ما سيجب إذا وجب بفعل قبل الوجوب على خلاف القياس (قلنا) نعم وقد وجد وهو (إسلام علي - رضي الله عنه -) إذ أخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال أسلم علي وهو ابن ثمان سنين والحاكم من طريق ابن إسحاق أنه أسلم وهو ابن عشر سنين وعن ابن عباس «دفع النبي - صلى الله عليه وسلم - الراية إلى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة» وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم ابن سبع أو ثمان سنين وقال شيخنا الحافظ فعلى هذا يكون عمره حين أسلم خمس سنين؛ لأن إسلامه كان في أول المبعث ومن المبعث إلى بدر خمس عشرة فلعل فيه تجوزا بإلغاء الكسر الذي فوق

العشرين حتى يوافق قول عروة قالوا وصحح النبي – صلى الله عليه وسلم – إسلامه وكأنه مأخوذ من إقراره له على ذلك وقد أخرج الحاكم عن عفيف بن عمرو أن العباس قال له في أول المبعث لم يوافق محمدا على دينه إلا امرأته خديجة وهذا الغلام علي بن أبي طالب قال عفيف فرأيتهم يصلون فوددت أني أسلمت حينئذ فأكون ربع الإسلام.

قال شيخنا المصنف وقد يقال تصحيحه – عليه الصلاة والسلام – إسلامه إن أريد في أحكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك، ولم ينقل أنه – صلى الله عليه وسلم – صححه في حق هذه الأحكام بل." (١)

"تقييد الفترة بالطبيعية ليخرج الإغماء وقيد الأفعال بالاختيارية أي الصادرة عن قصد واختيار لبقاء الحركات الطبيعية كالتنفس ونحوه وقيل النوم ريح تأتي الحيوان إذا شمها ذهبت حواسه كما تذهب الخمر بعقل شاربها وقيل انعكاس الحواس الظاهرة إلى الباطنة حتى يصح أن يرى الرؤيا قيل وله أربع علامات: فقد الشعور حتى لو مسه إنسان لم يحس به، واسترخاء الأعضاء فلو قبض دراهم ثم نعس فسقطت من غير شعور بها دل على نومه، وأن يخفى عليه كلام الحاضرين فلا يدري ما قالوا، وأن يرى في نومه رؤيا، وغير خاف أن في هذا قصورا (فأوجب تأخير خطاب الأداء) إلى زواله لامتناع الفهم وإيجاد الفعل حالة النوم (لا) تأخير (أصل الوجوب) ولا إسقاطه حالتئذ لعدم إخلاله بالذمة والإسلام ولإمكان الأداء حقيقة بالانتباه أو خلفا بالقضاء عند عدمه والعجز عن الأداء إنما يسقط الوجوب حيث يتحقق الحرج بتكثير الواجب وامتداد الزمان والنوم ليس كذلك عادة (ولذا) أي ولوجود أصل الوجوب حالة النوم (وجب القضاء) للصلاة التي دخل وقتها وهو نائم (إذا زال) النوم (بعد الوقت) ؛ لأنه فرع وجود الوجوب في حالة النوم وقدمنا في مسألة تثبت السببية لوجوب الأداء بأول الوقت موسعا في الفصل الثالث أن أبا المعين ذهب إلى أن وجوب القضاء عليه ابتداء عبادة تلزمه بعد حدوث أهلية الخطاب وما له في هذا وما عليه فليراجع (و) أوجب (إبطال عباراته من الإسلام والردة والطلاق) والعتاق والبيع والشراء وغيرها (ولم توصف) عباراته (بخبر وإنشاء وصدق، وكذب كالألحان) أي كما لا يوصف بها أصوات الطيور لانتفاء الإرادة والاختيار (فلذا) أي إبطال النوم عبارات النائم (اختار فخر الإسلام) وصاحب الهداية في جماعة (أن قراءته لا تسقط الفرض) ونص في المحيط على أنه الأصح.

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٦٧/٢

لأن الاختيار شرط أداء العبادة، ولم يوجد (وفي النوادر تنوب) واختاره الفقيه أبو الليث؛ لأن الشرع جعل النائم كالمستيقظ في حق الصلاة تعظيما لأمر المصلي والقراءة ركن زائد يسقط في بعض الأحوال فجاز أن يعتد بها مع النوم وقال شيخنا المصنف إنه الأوجه والاختيار المشروط قد وجد في ابتداء الصلاة وهو كاف ألا يرى أنه لو ركع وسجد ذاهلا عن فعله كل الذهول أنه يجزئه اهـ قلت وهو يفيد أنه لو ركع وسجد حالة النوم يجزئه وقد نصوا على أنه لا يجزئه وفي المبتغى ركع وهو نائم لا يجوز إجماعا فإن فرق بينها وبينهما بأنهما ركنان أصليان لا يسقطان بحال بخلافها فلا نسلم أن هذا مؤثر في الاعتداد بها دونهما في هذه الحالة وفي هذا مزيد بحث وفوائد أوردته في كتابي حلبة المجلي في شرح منية المصلي ثم عطف على أن قراءته (وأن لا تفسد قهقهته الوضوء ولا الصلاة وإن قيل إن أكثر المتأخرين) وفي المغني عامتهم على أن قهقهته (تفسدهما) أي الوضوء والصلاة أما الوضوء فلثبوت كونها حدثا في صلاة ذات ركوع وسجود بالنص وقد وجدت ولا فرق في الإحداث بين النوم واليقظة قلت وفيه نظر فإن ذلك في الحدث الحقيقي، وهي حدث حكمي ثابت **على خلاف القياس** في حق المستيقظ لمعنى معقول وهو الجناية على العبادة الخاصة بخصوص هذا الفعل وهو مفقود فيها نائما فلا يكون حدثا وأما الصلاة فلأن في القهقهة معنى الكلام والنوم كاليقظة فيه عند الأكثر، ووجه مختار فخر الإسلام وموافقيه وقد نص شيخنا المصنف في فتح القدير على أنه الأصح زوال معنى الجناية بالنوم ثم النوم يبطل حكم الكلام وهو مخدوش بما تراه (وتفريع النوازل الفساد بكلام النائم عليه) أي قول أكثر المتأخرين.

(لعدم فرق النص) وهو ما في صحيح مسلم «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس» (بين المستيقظ والنائم وإنزال النائم كالمستيقظ) شرعا لما روي عنه – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «إذا نام العبد في سجوده باهى الله به ملائكته فيقول انظروا إلى عبدي روحه عندي وجسده بين يدي» رواه البيهقي وقال ليس بالقوي الدارقطني في علله عن الحسن عن أبي هريرة وقال لا يثبت سماع الحسن من أبي هريرة فلا جرم أن مشى." (١)

"الأول أعني الإعراض ظاهر بطريق أولى لبطلانها بالإعراض وإنما لم يذكره للاتفاق عليه حكما ودليلا (ولعدم تأثير الهزل عندهما) أي أبي يوسف ومحمد (في صورها) أي المواضعة الثلاث (حتى لزما) أي الطلاق والمال (في البناء) على المواضعة (أيضا عندهما؛ لأن المال وإن لم يثبت بالهزل لكنه تبع للطلاق

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٧٨/٢

لاستغنائه) أي الطلاق (عنه) أي المال (لولا القصد إلى ذكره فإذا ثبت المتضمن) على صيغة اسم الفاعل وهو الطلاق (ثبت) المتضمن على صيغة اسم المفعول وهو المال وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا، فإن قيل لا يستقيم جعل المال في هذا تبعا؛ لأنه سلف أنه فيه مقصود على أنه لو سلم أنه فيه تبع لا نسلم أن الهزل لا يؤثر فيه كما لا يؤثر في أصله فإن المال تابع في النكاح وقد أثر في المال حتى كان المهر ألفا فيما إذا هزلا بألفين أجيب بمنع عدم الاستقامة وكيف لا (والتبعية) أي تبعية المال للطلاق (بهذا المعنى(وهو كونه في الثبوت تابعا له إذ هو بمنزلة الشرط فيه والشروط أتباع على ما عرف (لا تنافي المقصودية بالنظر إلى العاقد) بمعنى أنه لا يثبت إلا بالذكر لاختلاف الجهتين (بخلاف تبعيته) أي المال (في النكاح فبمعنى أنه) أي المال (غير المقصود) للعاقدين؛ لأن قصدهما الحل لا المال.

(وهذا) المعنى المراد من تبعية المال فيه (لا ينافي الأصالة) للمال (من حيث ثبوته) أي المال (عند ثبوته) أي النكاح بلا ذكره بل ومع نفيه إظهارا لخطر البضع والحاصل أنه ليس بمقصود منه بل مقصود فيه لإظهار شرف المعقود عليه فهو من جهة المقصود من العقد بيع، وكذا من جهة ثبوته فإنه بيع لثبوت العقد لكن ثبوته عقب ثبوته مقصود لما ذكرنا فيؤثر فيه الهزل كما في سائر الأموال وإن لم يؤثر في النكاح وفي شرح أصول فخر الإسلام للشيخ قوام الدين الكاكي على أن الإمام شمس الأئمة ذكر في كتاب الإكراه في التلجئة أنهما لو تواضعا في النكاح على ألف سرا ثم عقدا علانية بألفين كان النكاح جائزا بألف ثم قال، وكذا الطلاق على مال والعتاق وعليه، ولم يذكر خلافا فعلى هذا كان الطلاق على مال مثل النكاح إذا كان الهزل في قدر البدل (وعنده) أي أبي حنيفة في البناء في الأوجه الثلاثة الهزل بأصل التصرف أو بقدر البدل فيه أو بجنسه (يتوقف الطلاق على مشيئتها) أي اختيار المرأة الطلاق بالمسمى على طريق الجد وإسقاط الهزل كما يتوقف وقوعه في خيار الشرط في الخلع من جانبها على اختيارها؛ لأن الهزل بمنزلة خيار الشرط عنده لكنه في الخلع غير مقدر بالثلاث بخلاف البيع؛ لأن الشرط في الخلع على وفاق القياس؛ لأنه من قبيل الإسقاط فإنه طلاق فيجوز تعليقه بالشرط مطلقا من غير تقييده بمدة فلها النقض والإجازة مؤبدا وأما في البيع **فعلى خلاف القياس**؛ لأنه من قبيل الإثبات وتعليقه غير جائز لكن الجواز ثبت بالنص مقدرا بالثلاث فيقتصر عليه قيل ينبغي أن يكون الخيار في الخلع أيضا مقدرا بالثلاث؛ لأن ثبوته من جانبها باعتبار معنى المعاوضة أجيب بأنه إنما يلزم أن لو كان المال فيه مقصودا لا تابعا وهو هنا تابع في الثبوت للطلاق والاعتبار للمتبوع دون التابع فلا يتقدر بالثلاث كذا في شرح البديع للشيخ سراج الدين الهندي

وغيره.

وقال المصنف موافقة للتلويح (لإمكان العمل بالمواضعة بناء على أن الخلع لا يفسد بالشروط الفاسدة وهو) أي الشرط الفاسد (أن يتعلق) الطلاق (بجميع البدل ولا يقع في الحال بل يتوقف على اختيارها) قال المصنف وهذا الفرض أنهما هزلا بالعقد إذ بنينا على المواضعة ومعنى الهزل بالخلع ليس إلا أن يجعل الطلاق متعلقا بجميع البدل مع قبولها ولا يقع في الحال لما عرف أن الهازل مطلقا غير راض بالحكم ولا شك أن هذا شرط فاسد؛ لأنه خلاف مقتضى العقد فهزلهما شرط فاسد فيما هزلا به لكن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وإذا لم يبطل الخلع يبقى موقوفا على إجازتها بقي أن يقال ينبغي أنه إذا بقي موقوفا أن يتوقف على إجازتهما لا على مشيئة أحدهما لما أجمعوا عليه من أن الهزل كشرط الخيار لهما ولا وجه لكونه لأحدهما؛ لأنهما معا هازلان، وكذا إذا بنى أحدهما في." (١)

"أي الشيء (إليه) أي الآخر (برمته) أي جملته (لولا الاصطلاح) لأن التعدي لغة هو التجاوز عن الشيء بمعنى عدم الاقتصار عليه فإنه غير متبادر من موارد الاستعمالات اللغوية مع عدم دلالة قرينة عليه وليس الكلام إلا في المعنى الحقيقي اللغوي له (وتقسيم المحصول القياس إلى قطعي وظني لا يخالفه) أي قولنا، حكم القياس ظن حكم الأصل في الفرع (إذ قطعيته) أي القياس (بقطعية العلة و) بقطع (وجودها) أي العلة (في الفرع ولا يستلزم) كون القياس قطعيا (قطعية حكمه) أي الفرع (لما تقدم) من جواز كون خصوص الأصل شرطا وخصوص الفرع مانعا بل ويجوز أن يكون القياس قطعيا وحكمه المستفاد منه ظنيا ويكون حاصله أنا قطعنا بإلحاق فرع لأصل في حكمه المظنون (غير أن تمثيله) أي المحصول لهذا (بما هو مدلول النص أعني الفحوى) أي فحوى الخطاب كقياس تحريم الضرب على تحريم التأفيف فإنه قياس قطعي لأنا نعلم أن العلة هي الأذى ونعلم وجودها في الضرب ولكن الحكم هنا ظني لأن دلالة الألفاظ عنده لا تفيد إلا الظن (مناقضة) لأن كونه من باب القياس كما قدمناه عن الشافعي وآخرين منهم هو في التقسيم الأول للمفرد باعتبار دلالته يقتضي أن اللفظ لم يدل عليه لأن القياس إلحاق مسكوت عنه بملفوظ وقد صرح بأن اللفظ يدل عليه بالالتزام والله سبحانه أعلم.

[في الشروط]

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٩٩/٢

(فصل في الشروط منها لحكم الأصل أن لا يكون) حكم الأصل (معدولا) به وحذفه مع أن العدول وهو الميل عن الطريق لازم فلا يبنى منه المجهول والمفعول إلا بالباء مسامحة لكثرة استعماله أن لا يكون حكمه مائلا أو كما في التلويح لا يبعد أن يجعل من العدل وهو الضرب فيكون متعديا فلا حاجة إلى تقدير الجار والمجرور والاعتذار عن حذفه أي أن لا يكون حكمه مصروفا (عن سنن القياس) أي طريقة لأنه متى كان عادلا عنه لم يكن القياس عليه علة لعدم حصول المقصود به فإن المقصود من حكم الأصل إثبات ذلك الحكم في الفرع بالقياس على الأصل ومتى كان ثبوته **على خلاف القياس** كان القياس ردا لذلك الحكم ودفعا له فلم يمكن إثباته به إذ لا يمكن إثبات الشيء بما يقتضي عدم ثبوته وحكم الأصل الجاري على سنن القياس (أن يعقل معناه) أي حكم الأصل (ويوجد) معناه (في آخر فما لم يعقل) معناه (كأعداد الركعات) في الصلوات من المكتوبات والواجبات والمندوبات (والأطوفة) أي وكأعداد الأشواط وهي سبعة في أصناف الأطوفة المشروعات (ومقادير الزكاة) من ربع العشر في النقدين وغيره في غيرهما من أنواع الأموال كما هو مسطور في الكتب الفقهيات (وبعض ما خص بحكمه) أي ما يكون حكم الأصل مخصوصا به (كالأعرابي بإطعام كفارته أهله) وهو إشارة إلى ما عن أبي هريرة قال «جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – قال هلكت يا رسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على أهلي في رمضان فقال هل تجد ما تعتق رقبة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا قال لا ثم جلس فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – بعرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أفقر منا فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا فضحك النبي – صلى الله عليه وسلم – حتى بدت أنيابه ثم قال اذهب فأطعمه أهلك» رواه الستة واللفظ لمسلم وفي رواية لأبي داود «كله أنت وأهل بيتك وصم يوما واستغفر الله» .

لكن هذا بناء على أن هذه الكفارة لا تسقط بالعسرة المقارنة لوجوبها كما هو قول جمهور العلماء إذ لا دليل على ذلك وإن كان هو ظاهر مذهب أحمد وأحد قولي الشافعي وجزم به عيسى بن دينار من المالكية وأن تناوله وعياله من التمر المذكور كان بعد تعينه للكفارة وأنها سقطت عنه بذلك والأول ظاهر السياق ويؤيده ما في رواية منصور عند البخاري أطعم هذا عنك وابن إسحاق عند البزار «فتصدق به عن نفسك»

والثاني احتمال يؤيده ما روى الدارقطني عن علي – رضي الله عنه – عنه «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال للرجل انطلق فكله أنت وعيالك فقد كفر الله." (١)

"والشرب واردا فيه وبقاء صوم الناسي في الأكل إنما كان باعتبار أنه غير جان على الصوم لا باعتبار خصوصية الأكل وهذا بعينه ثابت في الوقاع (ومنه) أي كون الأصل مخصوصا بحكمه بالنص فلا يجوز إبطاله بالتعليل (تقوم المنافع في الإجارة) فإنه ثبت لها في الإجارة بالنصوص على سبيل الخصوص أن تقومها (يمنعه القياس على الحشيش والصيد هكذا لم تحرز) المنافع (فلا مالية فلا تقوم كالصيد قبل الإحراز. أما الأول)

أي أنها لم تحرز (فلأنها) أي المنافع (أعراض متصرمة) أي متى وجدت تلاشت واضمحلت (فلو قلنا ببقاء شخص العرض لم يكن منه) أي مما يجوز لأنها ليست من أشخاص الأعراض ولو قلنا بعدم بقاء شخص العرض لم تكن محرزة بطريق أولى (ثم المالية بالإحراز، والتقوم بالمالية فلا يلحق به) أي بتقويم المنافع في الإجارة (غصبها) أي إتلاف المنافع أو تعطيلها في الغصب (إذ لا جامع معتبر) بينهما في ذلك (لتفاوت الحاجة(التي كانت المنافع بسببها متقومة (وعدم ضبط مرتبة) معينة منها يناط التقويم بها (كمشقة السفر فنيط) أي علق التقوم (بعقد الإجارة) لأنه مظنتها كالسفر فإن قيل عدم تقومها في الغصب يفتح باب العدوان لعلم المعتدين حينئذ بعدم الضمان فالجواب لا مانع لهم ومن ذلك كما أشار إليه بقوله (والحاجة لدفع العدوان تدفع بالتعزير) ولا يقال لا نسلم أنها غير محرزة إذ هي محرزة بإحراز المحل القائمة به لأنا نقول المراد بنفي إحرازها نفي الإحراز القصدي (وإحرازها بالمحل ضمن غير مضمن كالحشيش النابت في أرضه) فإنه محرز تبعا لأرضه ولا ضمان على متلفه (ولو سلم) أن الإحراز الضمني كالحقيقي في تضمين المالية (ففحش تفاوت المالية يمنع ضمان العدوان المبني على) اشتراط (المماثلة) بقوله تعالى {فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} [البقرة: ١٩٤] {وجزاء سيئة سيئة مثلها} [الشورى: ٤٠] لانتفائها بين المضمون والمضمون به حينئذ فإن قيل فيلزم على هذا أن يضمن ما يتسارع إليه الفساد من فاكهة أو غيرها بالنقد إذ لا مماثلة بينهما من حيث البقاء والإجماع على خلافه قلنا لا فإن الشرط في المماثلة المشروطة بين المضمون والمضمون به المساواة في المالية وقد عرفت انتفاءها بين المنافع والأعيان (بخلاف الفاكهة مع النقد) فإنها متحققة بينهما (لاتصافها بالاستقلال بالوجود والبقاء) وإنما التفاوت بينهما في قدر البقاء

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٢٦/٣

(والتفاوت في قدره لا يعتبر) لأن قدره غير مضبوط فإن الدراهم تبقى ما لا يبقى غيرها من الثياب وغيرها فأدير الحكم على نفس البقاء دفعا للحرج.

(وسره) أي عدم اعتبار المساواة في البقاء (أن اعتبار المساواة لإيجاب البدل إنما هو حال الوجوب) للبدل (لأنه) أي حال الوجوب (حال إقامة أحدهما مقام الآخر والتساوي) بينهما (فيه) أي في حال الوجوب (إذ ذاك) أي حال الوجوب (ثابت ومنه) أي كون الأصل مخصوصا بحكمه **ب**النص فلا يبطل بالتعليل (حل متروك التسمية ناسيا) فإنه بقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر الله ثم ليأكل» رواه الدارقطني والبيهقي إلى غير ذلك (**على خلاف القياس** على ترك شرط الصلاة) من طهارة أو غيرها (ناسيا لا تصح) الصلاة معه (حتى وجبت) إعادتها على الوجه المشروع (إذا ذكر) ما تركه من شرطه ناسيا والتسمية في حل الذبيحة شرط بالكتاب (فلا يلحق به) أي بنسيان التسمية في الحل (العمد) في الحل أيضا (لعدم المشترك) بينهما لأن الناسي معذور غير معرض عن ذكر الله والعامد جان معرض عنه (ولأنه) لو ألحق العامد به (لم يبق تحت العام شيء) من أفراده أعني قوله تعالى {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} [الأنعام: ١٢١] فينسخ) نص القرآن (بالقياس) وهو غير جائز (وفيه) أي هذا الدليل (نظر يأتي) في الكلام في فساد الاعتبار.

(ومنها) أي الشروط بحكم الأصل (أن يكون) حكم الأصل (شرعيا فلا قياس في اللغة وتقدم) أنه المختار في المبادئ اللغوية (ولا في العقليات خلافا لأكثر المتكلمين) فإنهم جوزوه فيها إذا تحقق جامع عقلي إما بالعلة أو الحد أو الشرط أو الدليل وفي." (١)

"بقوله (وإلحاق غير الماء به) أي الماء في إزالة النجاسة الحقيقة إنما هو (للعلم بأن المقصود) للشارع من الأمر بغسل الثوب به (الإزالة) للنجاسة (لا الاستعمال) للماء من حيث هو (وإن نص) الشارع (على الماء في قوله واغسليه بالماء) وإنما قلنا للعلم بأن المقصود الإزالة (للاكتفاء) أي للإجماع على الاكتفاء عن استعماله (بقطع محلها) أي النجاسة في إسقاط هذا الواجب ولو كان استعماله واجبا لعينه لم يسقط بذلك (فيتعدى) هذا الحكم وهو طهارة الثوب النجس بغسله بالماء المطلق الطاهر (إلى كل مزيل) قالع طاهر بماء كان أو غيره وإنما نص على الماء لأنه الغالب مع ما فيه من اليسر لسهولته وكثرته.

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٣٠/٣

فإن قيل فينبغي أن تجوز إزالة الحدث أيضا بالمائع المذكور وإن نص على إزالته بالماء لعين هذا المعنى وليس كذلك إجماعا فالجواب لا لكون إزالته الخبث بالماء معقول المعنى (بخلاف) إزالة (الحدث) به فإنه غير **معقول** المعنى إذ (ليس) الحدث (أمرا محققا) على الأعضاء (يزال) بالماء (بل) هو (اعتبار) شرعي اعتبر قائما بالأعضاء ثم (وضع الماء لقطعه) بأن تعبده بغسل الأعضاء الثلاثة والمسح برأسه لذلك وإلا فالماء إنما يزيل الأجرام الحسية لا الأمور المعنوية (فاقتصر على ما علم قطع الشارع اعتباره) أي الحدث (عنده) أي استعمال الماء ولا يقال لا يقاس المائع الطاهر القالع على الماء في هذا لأن الطهارة به **على خلاف القياس** إذ مقتضاه أن يتنجس الماء بملاقاة النجاسة فتخلف النجاسة البلة النجسة.

وكذا في المرة الثانية وهلم جرا إلا أن الشارع أسقط هذا لتحقق الإزالة الشرعية لأنا نقول كما قال المصنف (وإذ سقط التنجس بالملاقاة فيه) أي في الماء (لتحقق الإزالة سقط) التنجس بالملاقاة (في غيره) أي الماء من المائعات الطاهرة القالعة (لذلك) أي لتحقق الإزالة فإن الحكم بالتطهير لا يتصور بدونها والاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم (وما يقال) سقط مقتضى القياس المذكور (في الماء للضرورة إن أريد ضرورة الإزالة فكذا) سقط مقتضاه (في غيره) أي الماء ضرورة الإزالة (أو) أريد (أنه لا يزيل سواه) أي الماء حسا (فليس) هذا المراد (واقعا) كما يقطع به الوجدان (أو) أريد أنه (لا يزيل) غير الماء (شرعا فمحل النزاع وأن لا يتقدم) حكم الفرع بالشرعية (على حكم الأصل) أي ومن شروط الفرع هذا (كالوضوء) أي كقياسه (في وجوب النية) فيه (على التيمم) بجامع أن كلا منهما تطهير حكمي لأن الوضوء بالشرعية متقدم على التيمم إذ شرعية الوضوء قبل الهجرة والتيمم بعدها فلم يجز قياس الوضوء في ذلك عليه (لثبوته) أي حكم الفرع الذي هو الوضوء حينئذ (قبل علته) أي قبل ثبوت علته لأنها مستنبطة من حكم الأصل المتأخر عن حكم الفرع فيلزم أن تكون متأخرة عن حكمه بمرتبتين وهو باطل ويلزم أيضا أن يكون حكم الفرع ثابتا قبل العلة وثبوت حكم القياس قبلها باطل لأنه حينئذ يكون ثابتا بدون العلة الجامعة فيكون الثابت بالقياس ثابتا بدونه وهو محال اللهم (إلا) أن يكون (إلزاما بمعنى لا فارق) بين الوضوء والتيمم في أن كلا منهما طهارة حكمية وقد قلتم بوجوب النية في التيمم فكذا في الوضوء فحينئذ يصح قياس الوضوء على التيمم في وجوب النية لكن الشأن في انتفاء الفارق بينهما (وأبدل متأخرو الحنفية هذا) الشرط (بأن يكون) الفرع (نظيره) أي مثل الأصل في الوصف الذي تعلق الحكم به في الأصل بأن يوجد مثل ذلك في الفرع من غير تفاوت لا في كل وصف.

وإنما شرط ذلك لأنه لو لم يكن الفرع مثلا له في العلة لما صح تسويته مع الأصل فيه (وليس الوضوء نظيره) أي التيمم (لأنه) أي الوضوء (مطهر في نفسه أي منظف) وفسره به ليتضح أن ليس المراد به المعنى الذي هو محل النزاع فيكون مصادرة على المطلوب بل المعنى المتفق عليه وهو التنظيف من الأخباث والأوساخ (والتيمم ملوث اعتبر مطهرا شرعا عند قصد أداء الصلاة وهو) أي قصد أدائها (النية) الواجبة فيه (فلا يلزم فيما هو مطهر في نفسه منظف قصر طهارته شرعا على ذلك القصد) أي قصد أداء الصلاة حتى لا تستباح به إلا معها (وحاصله)." (١)

"أمنه (الجناية على إحرامه) وأورد الأجنبي التزم بعقد الإسلام أن لا يدل سارقا على مال غيره وقد ترك ما التزم بالدلالة فينبغي أن يضمن وأجيب بالمنع فإن الإسلام ليس بعقد التزام الأمن بل هو التزام حقيقة ما جاء به النبي – صلى الله عليه وسلم – فيتبعه ما هو من لوازمه ضمنا لا قصدا والتزامه الأمن والحفظ من هذا القبيل فلم يكن ملتزما لهما قصدا ولئن سلم أنه بالإسلام التزم ذلك فهذا الالتزام مع الله تعالى فيقع فعله موجبا يوجب ما تركه من الالتزام وهو الإثم وهنا العقد واقع مع غير الله تعالى فيقع فعله موجبا يوجب ما تركه من الالتزام وهو الضمان ولئن سلم أن بالإسلام التزم الأمن من غير الله تعالى لكن لا نسلم أن دلالة الأجنبي إزالة الأمن لأن أمن الأموال لا يثبت بالبعد عن أعين الناس وأيديهم والجهل بمحلها بل أمنها بالأيدي والحرز وبالدلالة لا يزول هذا الأمن بخلاف الصيد كما ذكرنا آنفا.

(تنبيه) ثم حقيقة الدلالة الإعلام أي إحداث العلم في الغير فيجب أن لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن لا يكذب الدال في ذلك فمن ثمة قالوا لو كان المدلول عالما بمكان الصيد أو كذبه في ذلك لا ضمان على الدال لعدم زوال أمنه بها وشروط تحققها جناية موجبة للضمان مع تحققها في نفسها أن يتصل بها القتل كما أشار إليه المصنف آنفا بقوله بإزالة الأمن المتقررة بالقتل حتى لو أخذه بدلالته ثم انفلت ثم أخذه لا شيء على الدال لانتهاء دلالته بالانفلات والأخذ ثانيا إنشاء لم يكن عن عين تلك الدلالة وأن يبقى الدال محرما إلى أن يقتله الآخذ كما أشار إليه آنفا قولنا والدال محرم لأن الوجوب يتقرر عند القتل فيجب أن يكون الإحرام موجودا عنده.

فإن قيل يشكل على ما تقدم من إضافة الحكم إلى السبب المحض فتوى بعض المشايخ المتأخرين في ساع بغيره لا بحق إلى حاكم ظالم سعاية غرمته المال ظلما بضمانه مع أنها سبب محض تخلل بينها

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ١٣٨/٣

وبين الحكم فعل فاعل مختار فالجواب لا لأن القياس عدم الضمان كما هو قول المتقدمين ومشى عليه صدر الإسلام لكن مع زيادة ولكن لو رأى القاضي تضمين الساعي له ذلك لأن الموضع موضع اجتهاد فنحن نكل الأمر إلى القاضي حتى تنزجر السعاة عن السعي (وفتوى المتأخرين بالضمان بالسعاية بخلاف القياس استحسان لغلبة السعاة) بغير الحق إلى الظلمة في زماننا وبه يفتى لأن مجرد وكول الأمر إلى القاضي لا يجدي في هذا المطلوب في زماننا.

قال المصنف (وينبغي مثله) أي الإفتاء بضمان إتلاف المنافع مطلقا زمانا ومكانا (ولو غلب غصب المنافع) مطلقا فيهما وإن كان **على خلاف القياس** في باب الضمان زجرا للغصبة عن ذلك وقد أسلفناه في أواخر التقسيم الأول من أقسام الوقت المقيد به الواجب تقييد بعضهم ذلك بالأوقاف وأموال اليتامى وحكاية بعضهم الإجماع على ضمان المنافع بالغصب والإتلاف إذا كان العين معدا للاستغلال وإذا كان الموجب لذلك الزجر للغصبة والحفظ لأموال الضعفة فلا بأس بالفتوى بضمانها حينئذ على الإطلاق لاحتياج ما سوى هؤلاء إلى هذا الارتفاق وحسما لمادة هذا الفساد بين العباد (ويقال لفظ السبب مجازا على المعلق) بشرط (من تطليق وإعتاق ونذر) وهذا بعد أن كان معلقا (بما) أي بشرط (لا يريد) المعلق (كونه) أي وجوده كإن دخلت فأنت طالق وفلانة حرة وإن خرجت بغير إذني فعلي لله صيام سنة قبل وجود الشرط (وعلى اليمين) بالله بالنسبة إلى الكفارة قبل الحنث (إذ ليست) هذه المعلقات واليمين بالله (مفضية إلى الوقوع) أي وقوع معناها من الطلاق والعتاق ووجوب المنذور في الذمة (و) إلى (الحنث) أما المعلقات فلاشتمالها على المانع من تحقق معناها وهو الشرط المعلقة عليه لأن الغرض من تعليقها عليه منع نفسه منها.

وأما اليمين بالله تعالى فلأنها شرعت للبر والبر لا يكون طريقا إلى الكفارة لأنه مانع من الحنث لأنه ضد الحنث وبدون الحنث لا تجب الكفارة والمانع من وجود شيء لا يكون سببا لوجوده وإلى هذا أشار بقوله (بل) هي (مانعة) من الوقوع والحنث.

(وإنما لها) أي هذه المذكورات (نوع إفضاء في الجملة ولو بعد حين) إلى الحكم وهو وقت تحقق الشرط والحنث (فهي) أي هذه المعلقات واليمين سبب (مجاز) للوقوع." (١)

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ٢٠٤/٣

"نهار رمضان (إذا ظنها) أي الحجامة (فطرته) فأفطر بعدها (لا كفارة) عليه، وإنما عليه القضاء لا غير (لأن) قوله – صلى الله عليه وسلم – «أفطر الحاجم، والمحجوم») رواه أصحاب السنن وصححه ابن حبان، والحاكم (أورث شبهة فيه) أي في وجوبها بالفطر بعد الحجامة (وهذه الكفارة يغلب فيها معنى العقوبة) على العبادة عند الحنفية (فتنتفي بالشبهة) كما تقدم في فصل الحاكم وهذا يشير إلى أن فطره بعد الحجامة كان اعتمادا على هذا الحديث غير عالم بتأويله ونسخه، وهو عامي، وهو قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأن قول المفتي المعتمد في فتواه في بلده إذا كان يورث الشبهة المسقطة حتى لو أفتاه بالفساد كما هو قول أحمد فأفطر بعده لا كفارة عليه؛ لأن الحكم في حق العمل فتوى مفتيه، وإن كان مخطئا فيما أفتى به؛ لأنه لا دليل له سواه فكان معذورا

ولا عقوبة على المعذور فقول الرسول – صلى الله عليه وسلم – أولى؛ لأنه الأصل وقال أبو يوسف: عليه الكفارة؛ لأنه ليس للعامي الأخذ بظاهر الحديث لجواز كونه مصروفا عن ظاهره، أو منسوخا بل عليه الرجوع إلى الفقهاء لعدم الاهتداء في حقه إلى معرفة صحيح الأخبار وسقيمها وناسخها ومنسوخها، فإذا اعتمده كان تاركا للواجب عليه، وترك الواجب لا يقوم به شبهة مسقطة لها بقي لو أفطر بعدها ظانا الفطر بها ولم يستفت عالما ولم يبلغه الحديث أصلا، أو بلغه ولكن علم تأويله، أو نسخه ولا إشكال في وجوب الكفارة عليه اتفاقا أما الأول فلأن الظن ما استند إلى دليل شرعي، والقياس لا يقتضي ثبوت الفطر بما خرج فيكون ظنه مجرد جهل، وهو لا يكون عذرا في دار الإسلام، وأما الثاني فلتعاضد علمه بكون الحديث على غير ظاهره، أو نسخه مع كون الفطر بها **على خلاف القياس** على وجوب الكفارة لانتفاء الشبهة حينئذ في وجوبها قالوا: وإن علم أن بعض العلماء قال بالفطر بها ولكن في هذا نظر

(ومن زنى بجارية والده) ، أو والدته (أو زوجته يظن حلها لا يحد) عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: يحد للوطء الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتأويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه، أو عمه على ظن الحل وهم يقولون لا يحد (للاشتباه) ؛ لأن بين الإنسان وأبيه وأمه وزوجته انبساطا في الانتفاع بالمال فظنه حل الاستمتاع بأمتهم اعتماد على شبهة في ذلك فاندرأ الحد بها بخلاف الأخ، والعم، فإنه لا انبساط لكل منه، ومنهما في مال الآخر فدعوى ظنه الحل ليست معتمدة على شبهة فلا تعتبر (ولا يثبت نسب) بهذا الوطء، وإن ادعاه الواطئ (ولا عدة) أيضا على الموطوءة بهذا الوطء (لما) عرف (في موضعه) من أنه تمحض زنا إذ لا حق له في المحل، والولد للفراش وللعاهر الحجر ولا عدة من الزنا، وهذه إحدى الشبهتين

الدارئتين للحد عندهم وتسمى شبهة في الفعل وشبهة اشتباه؛ لأنها إنما تؤثر في سقوط الحد على من اشتبه عليه لا على من لم يشتبه عليه كقوم سقوا خمرا على مائدة فمن علم بها وجب عليه الحد ومن لا فلا

والشبهة الأخرى وتسمى الشبهة في المحل وشبهة الدليل، والشبهة الحكمية وجود الدليل النافي للحرمة في ذاته مع تخلف حكمه لمانع وهذه لا تتوقف على الظن كوطء الأب جارية ابنه، فإنه لا يحد إن قال: علمت أنها حرام علي؛ لأن المؤثر في هذه الشبهة الدليل الشرعي كقوله – صلى الله عليه وسلم –: «أنت ومالك لأبيك» رواه ابن ماجه بسند صحيح، وهو قائم فيؤثر في سقوط الحد مطلقا ويثبت به النسب إذا ادعاه وتصير الجارية به أم ولد وعند أبي حنيفة شبهة أخرى دارئة للحد وهي شبهة العقد سواء علم الحرمة أم لا كوطء التي تزوجها بغير شهود، وإنما لم يتعرض المصنف لهاتين؛ لأنهما ليستا مما هو بصدده كما هو غير خاف ثم كما قال المصنف: ومعنى دعوى ظنه الحل أنه علم أن الزنا حرام لكن ظن أن وطأه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط الآتي قريبا (وكذا حربي دخل دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحد) ؛ لأنه في موضع الشبهة يحل شربها في وقت (بخلاف ما إذا زنى) بعد دخوله دار الإسلام وإسلامه زاعما حل الزنا، فإنه لا يلتفت إلى زعمه ويحد.

وإن فعله أول يوم دخوله الدار وإسلامه (لأن جهله بحرمة الزنا لا يكون شبهة) دارئة للحد عنه؛ لأن هذا الظن في غير محل الشبهة (لأن الزنا حرام في جميع الأديان) فلم يتوقف العلم بحرمته." (١)

"المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة. وتكره للصائم.

تخليل الشعر سنة في الطهارة، ويكره للمحرم.

وقد يراعى المصلحة، لغلبتها على المفسدة.

من ذلك: الصلاة، مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة، والستر، والاستقبال فإن في كل ذلك مفسدة ؛ لما فيه من الإخلال بجلال الله في أن لا يناجى إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه، تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة.

ومنه: الكذب مفسدة محرمة ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز: كالكذب للإصلاح بين الناس، وعلى الزوجة لإصلاحها.

---

(١) التقرير والتحبير علي تحرير الكمال بن الهمام ابن أمير حاج ٣٢٦/٣

وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة.

[القاعدة الخامسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة]

القاعدة الخامسة:

الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

من الأولى: مشروعية الإجارة، والجعالة، والحوالة، ونحوها، جوزت **على خلاف القياس** لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة.

ومنها: ضمان الدرك، جوز **على خلاف القياس** إذ البائع إذا باع ملك نفسه، ليس ما أخذه من الثمن دينا عليه حتى يضمن. لكن لاحتياج الناس إلى معاملة. من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقا.

ومنها: مسألة الصلح وإباحة النظر، للمعاملة، ونحوها، وغير ذلك.

ومن الثانية: تضبيب الإناء بالفضة: يجوز للحاجة ولا يعتبر العجز عن غير الفضة، لأنه يبيح أصل الإناء من النقدين قطعا بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى التزيين: كإصلاح موضع الكسر والشد والتوثق.

ومنها: الأكل من الغنيمة في دار الحرب، جائز للحاجة ولا يشترط للآكل أن لا يكون معه غيره.

تنبيه:

من المشكل قول المنهاج: ويباح النظر لتعليم، مع قولهم في الصداق: ولو أصدقها تعليم قرآن، فطلق قبله، تعذر تعليمه في الأصح.

وأجاب السبكي: بأنه إنما تعذر ؛ لأن القرآن، وإن أمكن تنصيفه من جهة." (١)

"كذلك

وإباحة التحلل من الحج بالإحصار، والفوات وإباحة أبي يوسف رحمه الله رعي حشيش الحرم للحاج في الموسم تيسيرا ولبس الحرير للحكة، والقتال وبيع الموصوف في الذمة كالسلم، جوز **على خلاف القياس** دفعا لحاجة المفاليس والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة والأنموذج ومشروعية خيار الشرط للمشتري دفعا للندموخيار نقد الثمن دفعا للمماطلة.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي السيوطي ص/٨٨

ومن هذا القبيل بيع الأمانة المسمى ببيع الوفاء جوزه مشايخ بلخ بخارى توسعة، وبيانه في شرح الكنز من باب خيار الشرط

، ومن ذلك أفتى المتأخرون بالرد لخيار الغبن الفاحش، إما مطلقا أو إذا كان فيه غرور رحمة على المشتري.

ومنه الرد بالعيب والتحالف، والإقالة والحوالة والرهن والضمان، والإبراء والقرض والشركة والصلح، والحجر، والوكالة والإجارة والمزارعة، والمساقاة، على قولهما المفتى به للحاجة، والمضاربة، والعارية، الوديعة، للمشقة العظيمة في أن كل واحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه ولا يستوفي إلا من عليه حقه، ولا يأخذه إلا بكماله ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه

فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة، والإعارة والقرض، وبالاستعانة بالغير وكالة وإيداعا وشركة ومضاربة ومساقاة، وبالاستيفاء من غير المديون حوالة، وبالتوثيق على الدين برهان وكفيل، ولو بالنفس وبإسقاط بعض الدين صلحا، أو كله إبراء، ولحاجة افتداء يمينه؛ جوزنا الصلح عن إنكار ولفقد ما شرعت الإجارة له

لو جعلت المنافع أجرة عند اتحاد

الجنس، قلنا: لا يجوز وقلنا: الإجارة على منفعة غير مقصودة من العين لا تجوز للاستغناء عنها بالعارية كما علم في إجارة البزازية،

ومن التخفيف جواز العقود الحائزة؛ لأن لزومها شاق فتكون سببا لعدم تعاطيها ولزوم اللازمة، وإلا لم يستقر بيع ولا غيره، ووقفنا عزل الوكيل على علمه دفعا للحرج عنه، وكذا عزل القاضي وصاحب وظيفته.

ومنه إباحة النظر للطبيب والشاهد، وعند الخطبة وللسيد.

ومنه جواز النكاح من غير نظر لما في اشتراطه من المشقة التي لا يتحملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم، من نظر كل خاطب؛ فناسب التيسر فلم يكن فيه خيار رؤية بخلاف البيع فإنه يصح قبل الرؤية وله الخيار لعدم المشقة، ومن ثم قلنا: إن الأمر إيجاب في النكاح بخلاف البيع، ومن هنا وسع فيه أبو حنيفة رحمه الله فجوزه بلا ولي ومن غير اشتراط عدالة الشهود، ولم يفسده بالشروط المفسدة، ولم يخصه بلفظ النكاح والتزويج، بل قال: ينعقد بما يفيد ملك العين للحال، وصححه بحضور ابني العاقدين." (١)

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٦٨

"الخامسة: ونظير القاعدة الرابعة قاعدة خامسة؛ وهي:

"درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا؛ لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، ولذا قال عليه السلام {إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه} ، وروى في الكشف حديثا {لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل
من عبادة الثقلين} ومن ثم جاز ترك الواجب دفعا للمشقة، ولم يسامح في الإقدام على المنهيات. خصوصا الكبائر.

ومن ذلك ما ذكره البزازي في فتاويه: ومن لم يجد سترة ترك الاستنجاء، ولو على شط نهر؛ لأن النهي راجح على الأمر حتى استوعب النهي الأزمان، ولم يقتض الأمر التكرار (انتهى)

والمرأة إذا وجب عليها الغسل، ولم تجد سترة من الرجال تؤخره، بخلاف الرجل إذا لم يجد سترة من الرجال لا يؤخره ويغتسل.

وفي الاستنجاء إذا لم يجد سترة يتركه.

والفرق أن النجاسة الحكمية أقوى، والمرأة بين النساء كالرجل بين الرجال، كذا في شرح النقاية

ومن فروع ذلك:

المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة، وتكره للصائم وتخليل الشعر سنة في الطهارة، ويكره للمحرم، وقد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة؛ فمن ذلك الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة أو الستر أو الاستقبال؛ فإن في كل ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بخلال الله تعالى في أن لا يناجى إلا على أكمل الأحوال ومتى تعذر عليه شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة.

ومنه الكذب مفسدة محرمة، وهو متى تضمن جلب مصلحة ترد، وعليه جاز كالكذب للإصلاح بين الناس، وعلى الزوجة لإصلاحها، وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة.

السادسة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة،

ولهذا: جوزت الإجارة **على خلاف القياس** للحاجة وكذا قلنا لا تجوز إجارة بيت بمنافع بيت لاتحاد

جنس المنفعة فلا حاجة بخلاف ما إذا اختلف، ومنها: ضمان الدرك جوز **على خلاف القياس**.

ومن ذلك: جواز السلم **على خلاف القياس**؛ لكونه بيع المعدوم دفعا لحاجة المفاليس، ومنها جواز." [1]

"ومآلهما واحد، والأول أظهر (بخلاف) ما ألحق الشافعي رحمه الله التعليق به من (البيع المؤجل فيه الثمن (و) بخلاف البيع (بشرط الخيار و) بخلاف السبب الشرعي (المضاف) إلى الزمان (كطالق غدا) فإن كلا منهما (سبب) منعقد (في الحال) أي في حال صدوره عن المتكلم لا يمنعه شيء من الوصول إلى المحل، وهذا جواب عما يمكن تقريره بوجهين: أحدهما المعارضة بقياس المعلق بالشرط على الأسباب المذكورة في حكم الانعقاد من حيث السببية بجامع الاشتراك في كونها معلقة بحسب المعنى كالبيع بالأجل، والخيار، والطلاق بالغد. وثانيهما النقض بيانه أن القول بكون المتعلق مانعا من الإفضاء إلى آخره، أو بصيرورة الموقوف على الشرط كجزء سبب منقوص بهذه المعلقات وحاصل الجواب إما منع صحة القياس لكونه مع الفارق، أو منع جريان الدليل ببيان أن المعلق في المذكورات الحكم دون السبب، بخلاف المنازع فيه (لأن الأجل) الذي يعلق المؤجل بالوقت المعين إنما يعتبر (دخوله) وروده في المعنى (على الثمن) أي على لزوم مطالبته، فتأثير التأجيل في تأخير المطالبة فقط (لا) يعتبر دخوله على (البيع) الذي هو سبب، لأن المقصود منه تأخيرها، وهو يحصل بمجرد دخوله على لزوم مطالبة الثمن في الحال، فلا وجه لاعتبار دخوله على السبب من غير حاجة، مع أنه **على خلاف القياس**، وهو متقدر بقدر الضرورة (و) لأن (الخيار) أي شرطه إنما شرع (بخلاف القياس لدفع الغبن) أي النقص المتوهم في البيع عند قلة التروي من البائع والمشتري باستيفاء النظر في مدة الخيار (لأن إثبات ملك المال لا يحتمل الخطر) تعليل لكونه **على خلاف القياس**، يعني أن البيع إثبات لملك المال لكونه علة له شرعا، وإثبات ملك المال لا يحتمل أن يعلق بما بين أن يكون وأن لا يكون (لصيرورته) أي لصيرورة الإثبات المذكور أن يعلق بما بين أن يكون وأن لا يكون ذكر (قمارا) في المعنى لمشاركتهه إياه في علة الحرمة، وهي التعليق على أمر لا يعلم وجوده وعدمه (فاكتفى) في البيع بشرط الخيار (باعتباره) أي شرط الخيار (في الحكم) بتأخيره إلى أن يجيز أو يرد، ولم يعتبر في السبب الذي هو البيع حذرا عن صيرورته قمارا واحترازا عن مخالفة القياس بغير ضرورة. قال المصنف في شرح الهداية ولقائل أن يقول: القمار ما حرم لمعنى الخطر، بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه الشرع سببا للملك، فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني سببا للملك، والخطر طرد

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ابن نجيم ص/٧٨

في ذلك لا أثر له انتهى ومعنى كون الخطر طردا فيه عدم تحققه بدون الخطر، نعلم أنه حقق هناك ومشي مع القوم هنا، ويمكن أن يعلل بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط (والحق أنه) أي اعتباره في الحكم دون السبب ل (مقتضى اللفظ) أي اللفظ الدال على خيار الشرط، وهو قوله على أني بالخيار." (١)

"المفسر من السوق له وعدم احتماله التخصيص والتأويل، وقرينة الحكم منه وكونه غير قابل للنسخ (فيلزم تثليث القسمة إلى ما ليس صريحا ولا كناية، لكن حكمه) أي حكم هذا القسم (إن اتحد بالصريح أو بالكناية فلا فائدة) في التثليث (فليترك ما مال إليه كثير من) ذكر (قيد الاستعمال ويقتصر) في تعريف الصريح (على ما تبادر خصوص مراده) سواء كان (لغلبة أو غيرها) من سوق وتنصيص وتفسير وإحكام كما مال إليه شمس الأئمة السرخسي والقاضي أبو زيد (لكن أخرجوا) من الصريح (الظاهر على هذا) التعريف لأن الظهور فيه ليس بتام لعدم السوق له (ولا فرق) بين الظاهر والصريح (إلا بعدم القصد الأصلي) في الظاهر: إذ هو غير المقصد الأصلي الذي سيق الكلام له بخلافه في النص: وهو غير مؤثر في التبادر (ثم من) صور (ثبوت حكمه) أي الصريح (بلا نية جريانه) على لسانه كأنت طالق وأنت حر (غلطا في نحو سبحان الله اسقني) بأن أراد أن يقول هذا فقال ذلك فيثبت الطلاق والعتق قضاء وديانة (أما قصده) إلى الصريح (مع صرفه) أي الصريح الإضافة فيهما إلى المفعول، وفي الأول احتراز عن الغلط، فإن الذهن غافل عن اللفظ فيه (بالنية إلى محتمله) أي محتمل لفظ الصريح مما يستعمل فيه في الجملة (فله) أي للناوي (ذلك) المعين الذي قصده (ديانة) أي فيما بينه وبين الله تعالى (كقصد الطلاق) أي الإطلاق (من وثاق) في قوله أنت طالق (فهي زوجته ديانة) لاحتمال اللفظ له، لا قضاء لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه (ومقتضى النظر كونه) أي كون ثبوت حكمه بلا نية (في الكل) فيما قصد اللفظ ولم يقصد حكمه وفيما لم يقصد اللفظ ولا ثبوت الحكم وفيما قصد اللفظ وقصد به غير ما هو سبب له شرعا (قضاء فقط) لا ديانة، لأن القاضي يحكم بالظاهر، وظاهر الحال يدل على ثبوته المتبادر من مباشرة العقل المختار السب الموضوع شرعا لنوع من التصرف عالما بالسببية أنه قصد السب وما يترتب عليه، فلا يصدق في عدم قصد شيء من السبب أو المسبب وقصد أمر آخر غير السبب لمكان التهمة، وأما العالم الخبير بأسرار العباد فلا يخفى عليه شيء منهم، فلا يؤاخذهم بما لا قصد لهم فيه، ثم استدل على ما ادعاه بقوله (وإلا) أي وإن لم يكن الأمر كذلك بأن يثبت الحكم في نفس الأمر: أعني عند الله سبحانه بمجرد مباشرة السبب

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ١٢٦/١

قصد حكم أولا (أشكل بعت واشتريت: إذ لا يثبت حكمهما في الواقع مع الهزل و) ثبوت الحكم (في نحو الطلاق والنكاح) بمجرد المباشرة قصدا ولا **على خلاف القياس** (بخصوصه دليل) وهو الحديث الآتي (وكذا في الغلط) يثبت الحكم قضاء فقط ذكره ثانيا مع اندراجه في لفظ الكل لمزيد الاهتمام: إذ ثبوت الحكم فيه قضاء مع أنه مما لا يمكن الاحتراز عنه مما يستبعده العقل (لما." [1]

"العبد وركوب الدابة وسكنى الدار (لا ضمان لعدم المثل القاصر) لأن المنفعة لا تماثل العين صورة وهو ظاهر، ولا معنى لأن العين مال متقوم، بخلاف المنفعة، لأن المال ما يصان ويدخر لوقت الضرورة والحاجة، والمنافع لا تبقى بل كما توجد تتلاشى، والتقوم الذي هو شرط الضمان لا يثبت بدون الوجود والبقاء (والاتفاق) واقع (على نفي القضاء بالكامل) أي على أن المنافع لا تضمن بمثلها في المنافع، هذا على تقدير رفع الاتفاق، وأما على تقدير جره فالتقدير والاتفاق الواقع الخ (لو وقع) أي لو وجد المثل الكامل (كالحجر على كميات متساوية) الحجر كصرد جمع الحجرة للغرفة: يعني كإتلاف منفعة حجرة من الحجر الكائنة على كميات متساوية المماثلة منافعها صورة ومعنى فإنها لا تضمن بمنفعة حجرة أخرى منها فلأن لا تضمن بالأعيان مع أنه لا مماثلة بينهما صورة ومعنى أولى، ولما ذهب الشافعي إلى ضمانها بناء على أنها مال متقوم كالعين بدليل ورود العقد عليها فأشار إلى دفعه بقوله (وورود العقد عليها لتحقق الحاجة) أي يثبت تقومها في العقد **على خلاف القياس** بقيام العين مقامها لضرورة حاجة الناس إلى عقد الإجارة وخلاف القياس مقتصر على قدر الضرورة فإن قيل الحاجة ماسة إلى ضمانها أيضا لأن في القول بعدم وجوبه انفتاح باب الظلم قلنا نهى الشارع يدفعه (ولم ينحصر دفعها) أي حاجة دفع العدوان (في التضمين بل الضرب والحبس أدفع) للعدوان من التضمين ونحن أوجبناهما أو أحدهما على المتعدي، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسبلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة، وفي الفتاوى وغيرها منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا بكل حال، وحكى بعضهم الإجماع على هذا وسيذكر في كلام المصنف ما يؤيد هذا (و) لا يضمن (القصاص بقتل المستحق عليه) القصاص بقصاص ولادية (ولا) يضمن أيضا (ملك النكاح بشهادة الطلاق بعد الدخول إذا رجعوا) أي الشهود بالطلاق بشيء (خلافا للشافعي فيهما) أي في هاتين المسئلتين إذ عنده القاتل يضمن الدية لأن القصاص ملك متقوم للولي. وقد أتلف ذلك عليه بقتله فيضمن، والشهود

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٢/٦١

يضمنون للزوج مهر المثل، لأن ملك النكاح متقوم على الزوج ثبوتا فيكون متقوما عليه زوالا، وإنما قلنا لا يضمن القصاص بالدية وملك النكاح بعد الدخول بالمهر (لأن الدية ومهر المثل لا يماثلانهما) أي القصاص وملك النكاح صورة وهو ظاهر، ولا معنى لأن المقصود من القصاص الانتقام والتشفي بإعدام الحياة، ومن ملك النكاح السكن والازدواج وإبقاء النسل فليس بمال متقوم (والتقوم) بالمال في باب القتل وملك النكاح (شرعي للزجر) كما في قتل الأب ابنه عمدا (أو الجبر) كما في قتل الخطأ (وللخطر) أي لشرف المحل فيهما أيضا صيانة للدم عن الهدر." (١)

"تحقق أصل الوجوب قبل الأداء فكما صح ذلك عن الفرض صح هذا عنه (فإن قيل مثله) أي جواز الحكم بعد تحقق سبب وجوبه قبل تحقق سبب وجوب أدائه (يتوقف على السمع) لأن سقوط ما يستحب أداؤه بفعله قبل أن يجب **على خلاف القياس** (قلنا) نعم، وقد وجد وهو (إسلام علي رضي الله عنه) أخرج الإمام البخاري في تاريخه عن عروة رضي الله عنه وهو ابن ثمان سنين. وأخرج الحاكم من طريق إسحاق أنه رضي الله عنه أسلم وهو ابن عشر سنين، وعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية إلى علي رضي الله عنه يوم بدر وهو ابن عشرين سنة، وقال صحيح على شرط الشيخين. قال الذهبي رحمه الله: هذا نص على أنه أسلم وله أقل من عشر سنين، بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع أو ثمان سنين، وقال بعض المحدثين فعلى هذا يكون عمره حين أسلم خمس سنين لأن إسلامه رضي الله عنه كان في أول المبعث، ومن المبعث إلى بـدر خمس عشرة سنة فلعل فيه تجوزا بإلغاء الكسر الذي فوق العشرين، وكأن تصحيح النبي صلى الله عليه وسلم إسلامه مأخوذ من تقريره عليه الصلاة والسلام له على ذلك، وقال عفيف عن العباس رضي الله عنه أنه قال في أول المبعث لم يوافق محمدا عليه الصلاة والسلام على دينه إلا امرأته خديجة رضي الله عنها وهذا الغلام علي بن أبي طالب رضي الله عنه. قال عفيف: فرأيتهم يصلون فوددت أني أسلمت حينئذ فأكون ربع الإسلام، وعن المصنف رحمه الله أنه إن أريد تصحيحه صلى الله عليه وسلم في أحكام الآخرة فمسلم، وكلامنا في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث أقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل تصحيحه إلا في العبادات فإنه كان يصلي معه وكان صلى الله عليه وسلم يصحح صلاته، وصحة الصلاة فرع صحة الإيمان انتهى. ولا يخفى أن الظاهر منه تصحيحه في حق كل ما يترفع عليه والله سبحانه وتعالى أعلم، ثم قال صاحب الكشف وكلامنا في صبـي عاقل يناظر في

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٢/62.

وحدانية الله تعالى وصحة رسالة الرسول صلى الله عليه وسلم على وجه لا يبقى في معرفته شبهة (وعلى ما قدمنا) هـ من البحث الذي ينتفى به تحقق أصل الوجوب في مسئلة ثبوت السببية لوجوب الأداء بأول الوقت موسعا في الفصل الثالث (يكفي السمع) أي الأدلة السمعية معينا (عن) اعتبار (أصل الوجوب) توضيحه أن الداعي لاعتبار وقوع بعض الأفعال عن الواجب قبل وجوب الأداء بعد تحقق سببه فلو لم يعتبر هناك أصل الوجوب لم يبق لوقوعه عنه وجه، ولا حاجة لاعتبار أصل الوجوب (ونفاه) أي أصل الوجوب للإيمان عن الصبي العاقل (شمس الأئمة) السرخسي رحمه الله (لعدم حكمه) أي الوجوب وهو لزوم الأداء وهو لا يجب بدونه وإن وجد السبب والمحل (ولو أدى) الصبي المذكور أي آمن (وقع) ذلك المؤدي (فرضا لأن عدم الوجوب كان لعدم حكمه) أي كان لعجزه المفضي إلي." (١)

"مشكوكا بسبب الاختلاف، وأما تعين العقد في الصورة الأولى فظاهر لبطلان المواضعة باتفاقهما فلهذا لم يذكره (ولعدم تأثير الهزل عندهما في صورها) أي المواضعة (حتى لزما) أي الطلاق والمال (في) صورة (البناء) على المواضعة (أيضا عندهما، لأن المال وإن لم يثبت بالهزل لكنه تبع للطلاق لاستغنائه) أي الطلاق (عنه) أي المال (لولا القصد إلى ذكره) أي لو لم يقصد ذكر المال في باب الطلاق كأن ثبت من غير أن يثبت المال، بخلاف النكاح فإنه يثبت فيه، وإن لم يقصد ذكره فعند ذكر المال في الطلاق كان المال تبعا وضمنيا (فإذا ثبت المتضمن) على صيغة الفاعل، وهو الطلاق (ثبت) المتضمن على صيغة المفعول وهو المال. ولما كان المفهوم من قوله وما فيه مقصد إلى آخره كون المال في العقود المذكورة مقصودا، ومن قوله لكنه تبع كونه غير مقصد، وبينهما تدافع بحسب الظاهر دفعه بقوله (والتبعية) أي تبعية المال للطلاق (بهذا المعنى) أي باعتبار كون ثبوته في الضمني حتى صح مع الهزل، وفسر الشارح هذا المعنى بكونه تابعا له في الثبوت لكونه بمنزلة الشرط فيه، والشروط أتباع لما عرف ولا يخفى عليك أن قوله لهذا المعنى إشارة إلى ما فهم مما قبله وهو ما ذكرنا، لأن ما ذكر (لا تنافي المقصودية بالنظر إلى العاقد) بمعنى إذا نظرنا إلى نفس العقد وجدنا الطلاق أصلا، والمال تبعا وضمنيا لما ذكر من الاستغناء، وإذا نظرنا في العاقد وجدنا المال مقصودا له، ولا منافاة بينهما لاختلاف الجهتين (بخلاف تبعيته) أي المال (في النكاح فبمعنى أنه) أي المال (غير المقصود) للعاقدين، لأن قصدهما الحل (وهذا) المعنى (لا ينافي الأصالة) للمال (من حيث ثبوته) أي المال (عند ثبوته) أي النكاح بلا ذكره، بل ومع نفيه إظهارا لخطر

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٢٥٢/٢

البضع والحاصل أنه ليس بمقصود منه، لكنه مقصود فيه لما ذكر، وإنما يؤثر فيه الهزل كما في سائر الأموال وإن لم يؤثر في النكاح. وعن شمس الأئمة أنه جعل المواضعة في الطلاق على مال مثلها في النكاح إذا كان الهزل في قدر البدل (وعنده) أي أبي حنيفة في البناء الأوجه الثلاثة: المواضعة في أصل التصرف، وفي قدر البدل، وفي جنسه (يتوقف الطلاق على مشيئتها) أي اختيار المرأة الطلاق بالمسمى على طريق الجد، وإسقاط الهزل كما يتوقف وقوعه في خيار الشرط في الخلع من جانبها على اختيارها، لأن الهزل بمنزلة خيار الشرط عنده لكنه في الخلع غير مقدر بالثلاث، بخلاف البيع: لأن الشرط في الخلع على وفق القياس، وتقييده بالثلاث في البيع لكونه **على خلاف القياس** فيقتصر على مورد النص، وذلك لأن الخلع إسقاط، والبيع إثبات، وتعليق إثبات المال بالخطر في معنى القمار، وإنما ذهب إلى التوقف، لأن الأصل أن يراعى جانب العقد وجانب المواضعة بحسب الإمكان. وفي القول بالتوقف رعاية الجانبين كما." [1]

"جاز أن يكون حجبهم لدليل آخر (و) على (أن الأخوين ليسا أخوة قطعا) إذ لو جاز كونهما في اللغة إخوة كان معنى قول عثمان أن قومك يجعلونهما إخوة من حيث اللغة (لكن الأول) أي إفادة الآية عدم حجب ما ليس إخوة ثابت (بالمفهوم) المخالف (المختلف) في صحة كونه حجة، وهو إن لم يكن له إخوة لا يكون لأمه السدس. (والثاني) وهو أن الأخوين ليسا إخوة قطعا (فرع أن صيغة الجمع لا تطلق على الاثنين لا) حقيقة (ولا مجازا قطعا) وليس كذلك فإن الإطلاق عليهما مجازا لا ينكر (ولو سلم) أن عثمان أراد حجبها بالإجماع، كذا ذكره الشارح والوجه أن المعنى ولو سلم تحقق ما يتوقف عليه الاستدلال مما ذكر (وجب تقدير نص) قطعي ثبت عندهم ليكون النسخ به، وإلا كان الإجماع **على خلاف القياس**، وهو باطل (وسقوط المؤلفة من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء علته المفردة) إنما قيدها به إذ لو كانت متعددة لم يلزم من انتهاء بعضها انتهاء الحكم. قال الشارح وهي الإعزاز للإسلام، ومعنى انتهائها أن الإعزاز كان حاصلا في زمن أبي بكر دون إعطاء سهمهم (وليس) انتهاء الحكم لانتهاء علته (نسخا ولو ادعوا) أي المجيزون، يعني سموا (مثله) أي كون الإجماع مبينا رفع الحكم بانتهاء مدته (نسخا فلفظي) أي فالخلاف لفظي (مبني على الاصطلاح في استقلال دليله) أي النسخ، فمن اشترطه فيه وهو الجمهور لم يجعل الإجماع ناسخا، فإن الإجماع ليس مستقلا بذاته في إثبات الحكم، بل لا بد له من مستند هو الدليل في الحقيقة، وهو كاشف عنه وإن لم ينقل إلينا لفظه، ومن لم يشترط فيه جعله ناسخا. قال شمس الأئمة، وأما

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٢/٢٩٧

النسخ بالإجماع فقد جوزه بعض مشايخنا بطريق أن الإجماع موجب علم اليقين كالنص فيجوز أن يثبت النسخ به والإجماع في كونه حجة أقوى من الخبر المشهور، وإذا كان يجوز النسخ به فجوازه بالإجماع أولى، وأكثرهم على أنه لا يجوز ذلك، لأن الإجماع عبارة عن اجتماع الآراء على شيء، ولا مجال للرأي في معرفة نهاية الحسن والقبح في الشيء عند الله تعالى (وصرح فخر الإسلام بمنسوخيته) أي الإجماع (أيضا) . قال الشارح وهذا يفيد أنه مصرح بنسخ الإجماع والنسخ به، وفيه نظر، لأنه لا يجوز أن يكون قوله أيضا باعتبار تحقق القول بهما معا من الحنفية وإن لم يكن القائل بهما واحدا (قال والنسخ في ذلك كله) أي في الإجماع (بمثله) أي بإجماع مثله (جائز حتى إذا ثبت حكم بإجماع في عصر يجوز أن يجمع أولئك على خلافه فينسخ به الأول وكذا في عصرين. ووجه) قول فخر الإسلام (بأنه لا يمتنع ظهور انتهاء مدة الحكم) الأول (بالهامه تعالى للمجتهدين، وإن لم يكن للرأي دخل في معرفة انتهاء مدة الحكم وزمان نسخ ما ثبت بالوحي) من." (١)

"الضمان فيهما لوجود المماثلة بينهما في الجملة (لاتصافهما) أي الفاكهة والنقد (بالاستقلال بالوجود والبقاء) فإن كل واحد منهما يوجد مستقلا من غير أن يكون تابعا لوجود شيء آخر كتبعية المنافع للمحال، ولذلك يستقل بالبقاء وإن اختلفا في زمان البقاء بخلاف المنافع فإنه لا استقلال لها بالوجود ولا بقاء لها أصلا (والتفاوت) بينهما (في قدره) أي في مقدار زمان البقاء (لا يعتبر) لأن قدره غير مضبوط فأدير الحكم على نفس البقاء دفعا للحرج (وسره) أي سر عدم اعتبار المساواة في البقاء (أن اعتبار المساواة لا يجاب البدل إنما هو حال الوجوب) أي وجوب البدل (لأنه) أي حال الوجوب (حال إقامة أحدهما مقام الآخر والتساوي) بين البدلين الفاكهة والنقد (فيه) أي في الاستقلال بالوجود والبقاء (إذ ذاك) أي حال الوجوب (ثابت) فلا يضر التفاوت في البقاء بعد ذلك. (ومنه) أي من الحكم المختص بمحله المنصوص عليه بما يمنع من التعليل (حل متروك التسمية) تركا (ناسيا) أي ذا نسيان لقوله صلى الله عليه وسلم " فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر الله ثم ليأكل " رواه الدارقطني والبيهقي إلى غير ذلك (**على خلاف القياس**) متعلق بمحذوف هو حال من ضمير المبتدأ أعني حل المستكن في الظرف (على ترك شرط الصلاة) قوله على صلة القياس وذلك أنه إذا ترك شرط الصلاة من الطهارة أو غيرها (ناسيا لا تصح) الصلاة عند ذلك (حتى وجبت) إعادتها (إذا ذكر) ما تركه، وكان مقتضى هذا أن لا يحل متروك التسمية ناسيا

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٣/٢٠٩

لفوات شرط حله، وهو التسمية. قال الله تعالى – {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} – وإذا كان **على خلاف القياس** (فلا يلحق به) أي بمتروك التسمية ناسيا (العمد) أي متروك التسمية عمدا، سمي بالعمد مبالغة، أو المعنى لا يلحق بالنسيان العمد على المسامحة لأن خلاف القياس مقتصر على مورد النص، وليس العمد في معناه لو فرض كونه معقول المعنى (لعدم) الجامع (المشترك) بينهما لأن الناسي معذور غير معرض عن ذكر الله تعالى، والعامد جان معرض عنه (ولأنه) لو ألحق العامد به (لم يبق تحت العام شيء) من أفراده يعني قوله {ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه} لأن ما لم يذكر اسم الله عليه لا يخلو من أحد الأمرين إما متروك التسمية نسيانا وإما متروكها عمدا (فينسخ) الكتاب (بالقياس) أي بقياس العمد على النسيان وهو غير جائز (وفيه) أي في هذا الدليل (نظر يأتي) في الكلام في فساد الاعتبار. (ومنها) أي الشروط لحكم الأصل (أن يكون) حكم الأصل حكما (شرعيا فلا قياس في اللغة) بأن يقاس معنى على معنى في التسمية باسم لكونهما مشتركين فيما ينبئ عنه الاسم (وتقدم) هذا الشرط في المبادئ اللغوية (ولا في العقليات) كقياس الغائب على الشاهد كما يقال العالمية في." [1]

"في النص ما يصلح لأن يكون بدلا عنهما عرفنا أن المقصود من اشتراطه ذلك (وهو) أي جعل الأجل خلفا الخ (منتف من) السلم (الحال) قيل: يلزم من هذا تغيير حكم الأصل المنصوص عليه في الفرع، لا تغيير حكم نص على غير حكم الأصل وأجيب بأنه فيه تغيير حكم نص آخر أيضا، وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان فهو يصلح مثالا لكل من القسمين (ولا يخفى أنه) أي الشرط المذكور (بالذات شرط التعليل، لا) شرط (حكم الفرع، ويستلزم) انتفاؤه (التغير في الفرع) فإن قيل جوزتم دفع قيمة الواجب في الزكاة قياسا على العين، وصرف الزكاة إلى صنف واحد قياسا على صرفها إلى الكل بعلة دفع الحاجة، وفيه تغيير لحكم النص الدال على وجوب عين الشاة، والدال على كونها جميع الأصناف قلنا: تغيير النصين ممنوع كما سبق في أواخر التقسيم الثاني للمفرد باعتبار ظهور دلالته، وإليه أشار بقوله (وتقدم دفع النقض بدفع القيم) وكذا تقدم دفعه في جواز دفع الزكاة لصنف وأورد أيضا بأنه ثبت وجوب استعمال الماء في تطهير الثوب من النجاسة بما في الصحيحين، وقد جوزتم إزالتها بكل مائع طاهر قالع سوى الماء ففيه تغيير النص، فأجاب بقوله (وإلحاق غير الماء به) أي بالماء في إزالة النجاسة الحقيقية إنما هو (للعلم بأن المقصود) للشارع من الأمر بغسل الثوب (الإزالة) للنجاسة (لا الاستعمال)

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٣/٢٨٥

للماء من حيث هو (وإن نص على الماء في قوله: واغسليه بالماء للاكتفاء بقطع محلها (أي النجاسة تعليل للعلم بالمقصود: أي للإجماع على الاكتفاء عن استعمال الماء بقطع محلها في إسقاط الواجب، ولو كان استعماله واجبا لعينه لم يسقط بذلك (فيتعدى) هذا الحكم وهو طهارة الثوب (إلى كل مزيل) الخ، وإنما نص على الماء، لأنه الغالب في الاستعمال مع ما فيه من اليسر (بخلاف) إزالة (الحدث) بالمائع المذكور، وجواب سؤال، وهو أنه: جوزتم إزالة النجاسة عن الثوب بالمائع المذكور لكون مقصود الشارع إزالة النجاسة وهي حاصلة به، فكان ينبغي أن يجوز إزالة الحدث به أيضا، لأن مقصوده إزالة تلك النجاسة الحكمية. فأجاب بما حاصله أن إزالة الحدث غير معقول المعنى كإزالة النجاسة عن الثوب إذ (ليس) الحدث (أمرا محققا) موجودا في الخارج مع قطع النظر عن اعتبار الشرع (يزال) بالماء كالنجاسة على الثوب والبدن (بل هو (اعتبار) شرعي اعتبره قائما بالأعضاء ثم (وضع الماء لقطعه) فهو أمر تعبدي، وإلا فالماء إنما يزيل الأجرام الحسية لا الأمور المعنوية (فاقتصر حكمه) أي حكم القطع المذكور (على ما علم قطع الشارع اعتباره) أي اعتبار الحدث (عنده) وهو استعمال الماء، ولا يقاس المائع الآخر عليه في هذا، فإن الطهارة **على خلاف القياس** لما ذكر، وقيل القياس أن يتنجس الماء بمجرد ملاقاة النجاسة فتخلف النجاسة البلة النجسة، وكذا في المرة الثانية وهلم جرا. وأجيب **ب**أن الشارع أسقط." (١)

"من الولي والوكيل بمنزلة قوله أنا ضامن بما يلحقك بسبب هذا التزوج، وقيل لأن الاستيلاد حكم التزويج لكونه موضوعا لطلب النسل، وفيه ما فيه (ولا يلزم) على هذه المسائل بطريق النقض أن يقال (المودع والمحرم) إذا دل سارقا وصائدا (على الوديعة والصيد) فسرق وصاد (يضمنان) أي المودع والمحرم المسروق جزاء الصيد (وهما مسببان) على صيغة الفاعل يعني فعلهما سبب محض لتخلل الفعل الاختياري بينه وبين الحكم، ثم علل عدم اللزوم بقوله (لأن ضمان المودع بترك الحفظ) الملتزم بعقد الوديعة، وهو مباشر ما يخالف التزامه بدلالة السارق (و) ضمان (المحرم بإزالة الأمن) عن الصيد وقد التزمه بالإحرام (المتقررة) صفة الإزالة (بالقتل) فقد باشر الإزالة بدلالة القاتل عليه، ولذا قال (فهو) أي كل واحد منهما (مباشر) للجناية على الوديعة والصيد، فضمانه بالمباشرة لا بالتسبب (بخلافها) أي بخلاف الدلالة (على صيد الحرم) والدال غير محرم فإنه إذا قتله المدلول لا يضمن الدال (لأن أمنه) أي صيد الحرم (بالمكان) وهو الحرم الأمن إلى آخر الدنيا (ولم يزل) منه (بالدلالة) فكان سببا محضا (بخلاف غيره) أي غير صيد

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٣/٢٩٨

الحرم من صيود المحرم (فإنه) أي أمن غيره (بتواريه) وتستره ببعده عن أعين الناس (فالدلالة عليه) أي على غير صيد الحرم (إزالة أمنه وهو) أي هذا السبب الذي هو إزالة الأمن (الجناية على إحرامه) يعني أن إزالة الأمن في غير صيد الحرم إنما وجب لكونه جناية على الإحرام لا لذاتها، وإلا لزم إيجاب الضمان في حق غير المحرم أيضا، ثم حقيقة الدلالة احداث العلم في الغير فلزم عدم كون المدلول عالما بمكان الصيد قبل الدلالة وأن لا يكذب الدال فلو كان عالما أو كذب لا يضمن الدال، ويجب أيضا أن يتصل القتل بالدلالة حتى لو أخذه بدلالته ثم انفلت ثم أخذه فقتله لم يضمن الدال لانتهاء دلالته بالانقلاب، وإليه أشار بقوله فيما سبق المتقررة (وفتوى المتأخرين بالضمان بالسعاية) أي بأن يسعى في حق غيره بغير حق إلى حاكم ظالم فيغرمه المال ظلما (بخلاف القياس) لتخلل الفعل الاختياري من الظالم، وهو الأخذ ظلما بين السعاية واتلاف المال، وإنما أفتوا (استحسانا لغلبة السعاة) بغير الحق إلى الظلمة في زماننا، وبه يفتى سدا لهذا الباب (وينبغي مثله) أي الافتاء بالضمان، بخلاف القياس استحسانا (لو غلب غصب المنافع) فإنه **على خلاف القياس** لعدم كونها محرزا لتجددها، والغصب إثبات اليد المبطلة، وإبطال اليد المحقة، وذلك فرع في الإحراز، وإنما قال ينبغي إلى آخره زجرا للغصبة عن ذلك (ويقال لفظ السبب مجازا على المعلق من تطليق وإعتاق ونذر بما) أي بشرط متعلق بالمعلق (لا يريد) المعلق (كونه) أي وجوده: كان دخلت فأنت طالق أو فلانة حرة أو فعلي لله صيام سنة قبل وجود الشرط." (١)

"تعالى وخر راكعا: أي ساجدا) فإن في إطلاق لفظ الراكع على الساجد والعدول عن الظاهر إيماء إلى أن المقصود منهما واحد، ثم علل كون المنع أقوى تبادرا من الجواز المعلل بالإطلاق المذكور بقوله (إذ لا يلزم من إطلاق لفظ على غير معناه الحقيقي جواز إيقاع مسماه) أي مسمى المستعمل مجازا (مكان مسمى) اللفظ (الآخر) الذي وضع بإزاء المستعمل فيه مجازا (شرعا) أي جوازا شرعيا، فاللفظ الأول الركوع، والثاني السجود فلا يلزم من إطلاق الركوع على معنى السجود، وجواز إيقاع معنى الركوع مكان معنى السجود في أداء ما وجب بالطلب المتعلق بالسجود (وإن كان المطلق) بصيغة اسم الفاعل (الشارع) أن وصلية لدفع ما يتوهم من أن المطلق إذا كان الشارع والشرع في يده فما المانع من حمل كلامه على جواز الإيقاع لأن الكلام في عدم لزوم جوازه من هذا الإطلاق، ولا فرق في هذا بين أن يكون المطلق الشارع أو غيره فإن طريق الاستعارة غير طريق القياس إذ بناء الأول على علاقة المجاز، والثاني على وجود العلة الشرعية،

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٤/٥٨

وإنما لم يتعرض إلا الأخير من وجهي الجواز لظهور الأول (ولو فرض قيام دلالة على ذلك) أي جواز قيام الركوع في الصلاة مقامها (لا يصيره) أي القياس (أظهر) من الاستحسان، فإن وجه عدم جواز نيابة الركوع في غاية الظهور، وما ذكر في مقابله ليس مثله في الظهور، والمفروض أخفى من المذكور، كذا ما بقي في عالم الفرض ولم يبرز، وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن السجدة تكون في آخر السورة أيسجد بها أم يركع؟ قال إن شئت فاركع وإن شئت فاسجد ثم اقرأ بعدها سورة، رواه سعيد، وذكره ابن أبي شيبة عن علقمة وإبراهيم والأسود وطاوس ومسروق والشعبي والربيع بن خيثم وعمرو بن شرحبيل (وحينئذ) أي حين إذ كان منع التأدى أظهر من جوازه (وجب كون الحكم الواقع) أي الذي استقر رأي الحنفية عليه عند المعارضة (من تأديها بالركوع(بيان للحكم الواقع، والضمير لسجدة التلاوة (حكم الاستحسان) خبر الكون وذلك لأن ما يفيده أخفى مما يفيد عدم تأديها به (لا) يصح (كونه) أي كون الحكم الواقع (مما قدم فيه) أي في حقه (القياس عليه) أي على الاستحسان، بل هو مما قدم فيه الاستحسان على القياس، وقيل القياس المفيد للتأدي إنما علم من الاستحسان بالأثر المروي عن عمر وابن مسعود وأجيب بأن هذا على قول من يحتج بقول الصحابي مطلقا سواء كان للرأي فيه مدخل أو لا، والمختار أنه يحتج به إذا لم يكن للرأي فيه مدخل (وظهر) من هذه الجملة (أن لا استحسان) كائن موصوفا بوصف (إلا معارضا لقياس) لما عرفت من أنه عبارة عن القياس الخفي بالنسبة إلى قياس ظاهر (ولزم أن لا يعدى) من محل إلى محل آخر (ما) أي حكم ثبت (بغير قياس) أي **على خلاف القياس** (وهو) أي." (١)

"القياس الذي لا يعدى بدونه (استحسان أولا) أي أو ليس باستحسان، يعني يعم القياس الجلي والخفي، ويحتمل أن يكون الضمير راجعا إلى غير القياس فالمراد حينئذ بقوله استحسان الاستحسان بالأثر، وقد مر (لأنه) أي ما ثبت بغير القياس (معدول) عن سنن القياس، ومن شروط حكم الأصل أن لا يكون معدولا عنه (كإيجاب يمين البائع في اختلافهما) أي عند اختلاف البائع والمشتري (في قدر الثمن بعد قبض المبيع) مع قيامه (بإطلاق النص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم " إذا اختلف البيعان ولم يكن بينهما بينة والسلعة قائمة فالقول قول البائع أو يترادان " والقياس أن لا يمين عليه فإن قلت ليس في النص إيجاب اليمين قلت في عرف الشرع إذا قيل فالقول قوله في مقام الخصومة يراد مع اليمين، وأيضا قوله أو يترادان معطوف على مقدر أي تحالف البائعان أو يترادان (لأن المشتري لا يدعى عليه) أي البائع (مبيعا لتسلمه)

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٨٢/٤

أي المشتري (إياه) أي المبيع، وهو معترف به وإذا لم يكن ثمة دعوى من المشتري في حق المبيع ولا إنكار من البائع لا يتوجه اليمين على البائع لأن اليمين على المنكر، وقد يقال صورة الدعوى من المشتري حاصلة وقد اكتفى بها في قبول بيته فيكتفي بها في يمين البائع أقول يمكن أن يجاب عنه بأن قوله صلى الله عليه وسلم ولم يكن بينهما بينة دل على أنه إذا كان تقبل فقبولها اكتفاء بصورة الدعوى ثبت بالنص **على خلاف القياس** مقتصرا على مورده (فلا يتعدى) إيجاب اليمين (إلى الإجارة) فيما إذا اختلفا في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة بل القول قول المستأجر مع يمينه لأنه منكر الزيادة (و) إلى (الوارثين) بلفظ المثنى أي وارث البائع ووارث المشتري سواء اختلف وارث البائع مع المشتري أو بالعكس أو الوارث مع الوارث بعدم موتهما والسلعة قائمة، بل القول قول المشتري أو وارثه (خلافا لمحمد) فإنه قال يجري التخالف في جميع الصور (وقوله) أي محمد (إذ كل) من المتبايعين (يدعي) على صاحبه (عقدا غير العقد (الآخر) وعلى عقد الآخر، وينكر ما يدعيه صاحبه فيحلف كل على دعوى صاحبه فكان على سنن القياس فيتعدى إلى الوارث (دفع) خبر قوله (بأن اختلاف الثمن لا يوجبه) أي اختلاف العقد (كما) لا يوجب اختلاف الثمن اختلاف العقد (في زيادته وحطه) فإن البيع بألف يصير بعينه بألفين إذا زيد الثمن بعد العقد، والبيع بألفين يصير بألف إذا حطه عنه بعده، لأنه لو كان الزيادة أو الحط موجبا لاختلافه للزم تجديد العقد بإيجاب وقبول على حدة (بخلاف ما) ثبت (به) أي بالقياس فإنه يعدى بشرطه فهو متصل بقوله ولزم أن لا يعدى ما بغير قياس (وهو) أي ما ثبت به نحو (ما) أي تخالفهما (قبل القبض) للمبيع إذا اختلفا في قدر الثمن فإنه على وفق القياس الخفي، فإن البائع ينكر وجوب تسليم المبيع بما أقر." (١)

"وجواز تقدم النية على الشروع في الصلاة إذا لم يفصل أجنبي، وتقدم النية على الصوم من الليل، وتأخرها عن طلوع الفجر إلى ما قبل نصف النهار الشرعي دفعا للمشقة عن جنس الصائمين؛ لأن الحائض تطهر بعده، والكافر يسلم والصغير يبلغ كذلك

٣٨ - وإباحة التحلل من الحج بالإحصار، والفوات

٣٩ - وإباحة أبي يوسف - رحمه الله - رعي حشيش الحرم للحاج في الموسم تيسيرا

٤٠ - ولبس الحرير للحكة، والقتال وبيع الموصوف في الذمة كالسلم، جوز **على خلاف القياس** دفعا لحاجة المفاليس والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة والأنموذج ومشروعية خيار الشرط للمشتري دفعا للندم

---

(١) تيسير التحرير أمير باد شاه ٨٣/٤

ـــــــQقوله: وجواز تقدم النية على الشروع في الصلاة إذا لم يفصل أجنبي يعني غير المشي للفقير

(٣٨) قوله: وإباحة التحلل من الحج بالإحصار والفوات يعني يباح التحلل من الحج بسبب الإحصار بسرق الهدي وبسبب الفوات بالعمرة، هذا هو المراد، والعبارة لا تفيده

(٢٩) قوله: وإباحة أبي يوسف - رحمه الله - رعي حشيش الحرم إلخ. سيأتي الكلام عليه مستوفيا في أحكام الحرم إن شاء الله تعالى.

(٤٠) قوله: ولبس الحرير للحكة، والقتال سيأتي في كتاب الحظر، والإباحة أنه لا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب، وقد ذكر الزيلعي في كتاب الكراهة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خص عبد الرحمن بن عوف والزبير بذلك (انتهى) . يعني فلا يجوز لبس الحرير الخالص لغيرهما." (١)

"جازت الصلاة بدونه تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة.

ومنه الكذب مفسدة محرمة، وهو متى تضمن جلب مصلحة ترد، وعليه جاز ٥١ - كالكذب للإصلاح بين الناس، وعلى الزوجة لإصلاحها، وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة

السادسة الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة، ولهذا ٥٢ - جوزت الإجارة **على خلاف القياس** للحاجة وكذا قلنا لا

ـــــــQقوله: كالكذب للإصلاح بين الناس في البزازية: يجوز الكذب في ثلاثة مواضع: في الإصلاح بين الناس، وفي الحرب ومع امرأته.

قال في الذخيرة: أراد بها المعاريض لا الكذب الخالص.

ومثله في أواخر الحيل عن المبسوط والمعاريض: أن يتكلم الرجل بكلمة يظهر من نفسه شيئا، ومراده شيء آخر كما في شرح الشرعة عن البستان وفي بعض المعتبرات: ومن الكذب الذي لا يوجب الفسق ما جرت به العادة في المبالغة كقوله: قلت لك كذا مائة مرة، لا يراد به تعميم المرات بعددها بل تفهيم المبالغة فإن لم يكن قال له إلا مرة واحدة كان كذبا، وإن قال مرات يعتاد مثلها في الكثرة فلا يأثم، وإن لم تبلغ المائة.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٥٦/١

وفي مجمع الفتاوى أن الكذب يباح؛ لإحياء حقه؛ ولدفع الظلم عن نفسه كالشفيع يعلم بالبيع في جوف الليل فإذا أصبح يشهد، ويقول علمت الآن، وكذا الصغيرة تبلغ في جوف الليل وتختار نفسها من الزوج، وتقول رأيت الدم الآن (انتهى) .

وفي شرح العيني للبخاري في باب شراء المملوك من الحربي في حديث قتيبة عن الليث بن سعد ما نصه: وفيه أي: الحديث، الحيل في التخليص من الظلمة بل إذا علم أنه لا يتخلص إلا بالكذب جاز له الكذب الصريح، وقد يجب في بعض الصور بالاتفاق ككونه ينجي نبيا أو وليا ممن يريد قتله أو لنجاة المسلمين من عدوهم.

وقال الفقهاء لو طلب ظالم وديعة لإنسان ليأخذها غصبا وجب عليه الإنكار والكذب في أنه لا يعلم موضعها (انتهى) .

فليحفظ

[السادسة الحاجة تنزل منزلة الضرورة]

(٥٢) قوله: جوزت الإجارة **على خلاف القياس**؛ وذلك لأن المعقود عليه فيها." (١)

"تجوز إجارة بيت بمنافع بيت لاتحاد جنس المنفعة فلا حاجة بخلاف ما إذا اختلف، ومنها ضمان الدرك ٥٣ -: جوز **على خلاف القياس**.

ومن ذلك جواز السلم **على خلاف القياس**؛ لكونه بيع المعدوم دفعا لحاجة المفاليس، ومنها جواز الاستصناع للحاجة، ودخول الحمام مع جهالة مكثه فيها وما يستعمله من مائها، وشربة السقاء، ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى وهكذا بمصر وقد سموه بيع الأمانة، والشافعية يسمونه الرهن المعاد، وهكذا سماه به في الملتقط وقد ذكرناه في شرح الكنز من باب خيار الشرط.

وفي القنية والبغية ٥٤ - يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح (انتهى)

ـــــــQوهو المنافع معدوم فالقياس البطلان لذلك (٥٣) قوله: جوز **على خلاف القياس**؛ لأن الضمان على البائع فيصير كفيلا ومكفولا عنه.

وبه يظهر أنه لو ضمنه غير البائع لم يكن مخالفا للقياس؛ لانتفاء العلة في حقه (٤5) .

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٩٣/١

قولـه: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح، وذلك نحو أن يقترض عشرة دنانير مثلا، ويجعل لربها شيئا معلوما في كل يوم ربحا." (١)

"سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا إقرار بأنه ليس له، على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى، فينظر المفتي فيه.

الخامسة والعشرون: ٢٢ - رآه يبيع أرضا أو دارا فتصرف فيه المشتري زمانا وهو ساكت تسقط دعواه.

السادسة والعشرون: ٢٣ -

أحد شريكي العنان قال للآخر إني أشتري هذه الأمة لنفسي خاصة.

ــــــQقوله: سكوته عند بيع زوجته إلخ. قيد بالبيع لأنه لو كان مكانه عارية أو إجارة أو رهن لا يكون إقرارا إجماعا لأنه لم يستثن فيكون داخلا في القاعدة؛ ولأنه في البيع **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه غيره، ولأن الإنسان قد يرضى بالانتفاع بملكه ولا يرضى بخروجه عنه ولم يذكر سكوتها عند بيع زوجها. وفي الخانية في باب ما يطل الدعوى إذا باع الرجل شيئا بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك أنه لها قيل لا تسمع دعواها، والصحيح أنه تسمع لكن في البزازية جعل الفتوى على عدم سماع الدعوى في القريب والزوجة، وقد وقع الاستفتاء عن غير القريب والزوج والزوجة ولم نر تصريحا في ذلك.

(٢٢) قوله: رآه يبيع أرضا أو دارا إلخ. هذا الفرع فيه عما قبله زيادة تصرف المشتري بعد الشراء زمانا وهو ساكت فهو قيد في الأجنبي لا في الزوجة والقريب كما يفهمه إطلاقه وهو مصرح به في متن تنوير الأبصار، وكما أفتى به شيخ الإسلام شهاب الدين الحلبي وهي في فتاواه في كتاب البيوع. وقد قال بعض الفضلاء: إن أراد المصنف - رحمه الله - بقوله رآه أنه رأى قريبه فهي عين السابقة بلا واسطة، وإن أراد أنه رأى أجنبيا يبيع شيئا في يده فسكت ففي كون سكوته رضا مسقطا لدعواه نظر، والمحفوظ خلافه، وكون السكوت رضى مقيد ببيع القريب فليتأمل.

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢٩٤/١

(٢٣) قوله: أحد شريكي العنان قال لآخر إلخ. إنما قيد بالعنان لأنها لو كانت مفاوضة لم يكن الحكم كذلك فقد ذكر ابن الشحنة أن أحد شريكي المفاوضة إذا قال." [١]

"رأى صائما يأكل ناسيا يخبره إلا إذا كان يضعف عنه

٣٠ – المسافر يعطي صدقة فطرة عن نفسه حيث هو، ويكتب إلى أهله يعطون من أنفسهم حيث هم، وإن أعطى عنهم في موضعه جاز

قال الإمام الأعظم – رحمه الله –:

ـــــQقوله: رأى صائما يأكل ناسيا يخبره إلخ. في الخانية قبيل الفصل الرابع: هل عليه أن يخبره بذلك؟ قالوا: إن كان شابا يقدر على الإتمام يخبره، يعني وجوبا، وإن كان شيخا ضعيفا لا يخبره، لأن الشيخ لا يقدر على الإتمام فيتركه حتى يأكل ثم يخبره (انتهى) .

وفيها النائم إذا شرب فسد صومه، وليس هو كالناسي، لأن النائم ذاهب العقل إذا ذبح لم تؤكل ذبيحته وتؤكل ذبيحة من نسي التسمية (انتهى) .

أقول: هذا التعليل غير مؤثر فيما ذكر من الفرق إذ المفسد وجد في كل منهما لا عن قصد، والحق أن يقال: إن حكم الناسي ثبت **على خلاف القياس** بالأثر فلا يقاس عليه غيره، ثم إن ظاهر كلام قاضي خان أن شرب النائم مفسد اتفاقا وليس كذلك بل خالف في ذلك زفر. وقال: لا يفسد صومه قياسا على الناسي، كما في شرح المجمع الملكي، قيد بالناسي لأنه لو كان مخطئا أو مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي – رحمه الله –. وحقيقة الخطأ أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجنابة أو المضمضة تسري إلى الحلق والفرق بين صورة الخطأ والنسيان هنا أن المخطئ ذاكر للصوم غير قاصد للشرب، والناسي عكسه كذا في البيانية وقد يكون غير ذاكر للصوم وغير قاصد للشرب لكنه في حكم الناسي هنا كما في النهاية والمؤاخذة بالخطأ جائزة عندك خلافا للمعتزلة

(٣٠) قوله: المسافر يعطي صدقة فطره عن نفسه إلخ. قد اختلف الترجيح في هذه المسألة فقيل: المعتبر مكان الرأس المخرج عنه في الصحيح مراعاة لإيجاب الحكم في محل وجود سببه. كذا في الفتح وصحح

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٤٤٣/١

في المحيط أنه يؤدي حيث هو ولا يعتبر مكان الرأس لأن الواجب في ذمة المولى حتى لو هلك العد لم تسقط عنه. وفي المبسوط ما يوافق تصحيح المحيط فكان هو المذهب. قال في المضمرات وعليه الفتوى وأما في زكاة المال فالمعتبر الذي هو فيه في الروايات كلها." (١)

"ومنه. ٥٢ – طلب جماعها فأبت، فقال: إن لم تدخلي معي البيت، فدخلت بعد سكون شهوته.

٥٣ – ومنه طلقني، فقال: إن لم أطلقك

٥٤ – علقه على زناه فشهدا على إقراره به وقع، وإن على المعاينة

ــــــQصريحا وتارة يثبت دلالة، والدلالة نوعان: دلالة لفظية، ودلالة حالية، فالدلالة اللفظية نحو ما إذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بحال حياة المحلوف عليه، والدلالة الحالية مثل ما تقدم من قوله: اجلس تغد عندي؛ فيقول: إن تغديت فعبدي حر.

(٥١) قوله:

ومنه إلخ.

أي مما حمل على الفور بقرينة.

(٥٢) قوله:

طلب جماعها فأبت إلخ.

في التجنيس والمزيد: رجل أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه؛ فقال لها: إن لم تدخلي معي البيت فأنت طالقة فلم تدخل في ذلك الوقت ودخلت في وقت آخر إن دخلت بعد ما سكنت شهوته وقع عليها الطلاق؛ لأن شرط الحنث عدم الدخول لقضاء تلك الشهوة منها وقد تحقق عدم الدخول لقضاء تلك الشهوة.

(٥٣) قوله:

ومنه طلقني إلخ.

مما حمل على الفور بقرينة قولها لزوجها: طلقني؛ فقال لها: إن لم أطلقك أي فورا فأنت طالق، فإذا لم يطلقها فورا حنث؛ لأن شرط الحنث عدم طلاقها فورا وإن طلقها فورا لم يحنث وكان طلاقا منجزا.

هكذا يجب أن يفهم هذا المحل

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٧٦/٢

(٥٤) قوله:

علقه على زناه إلخ.

أي الطلاق وقع ولا يحد كما في الخانية قيل: ظاهره ولو أقر مرة واحدة مع أنه لا يثبت بإقراره في حق الحد إلا بالإقرار أربع مرات في أربع مجالس.

يعني وقياسه في حق الطلاق أن لا يؤاخذ به إلا بالإقرار أربع مرات ويجاب بأن توقف الثبوت بالإقرار على تكرره في حق الحد.

ثبت **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه مؤاخذته بالطلاق لكن يرد حينئذ عدم وقوع الطلاق بشهادة اثنين بالمعاينة؛ لأن التوقف على شهادة الأربعة في حق الحد **على خلاف القياس** فلا يتعدى إلى الثبوت في حق الطلاق ولكنه توقف في حقه أيضا كما ترى." (١)

"هذا الكتاب.

(جمع الجوامع) تحريرا بقرينة السياق الذي إكماله لكثرة الانتفاع به فيما آمله خيور كثيرة وعلى كل خير مانع وأشار بتسميته بذلك إلى جمعه كل مصنف جامع فيما هو فيه فضلا عن كل مختصر يعني مقاصد ذلك من المسائل والخلاف فيها دون الدلائل وأسماء أصحاب الأقوال إلا يسيرا منهما فذكره لنيركت ذكرها في آخر الكتاب (الآتي من فن الأصول) بإفراد فن وفي نسخة بتثنيته وهي أوضح أي فن أصول الفقه أو فن أصول الدين المختتم بما يناسبه من التصوف والفن النوع وفن كذا

ـــــQلئلا يكون في كلام المصنف ما يصح الاستغناء عنه. (قوله: هذا الكتاب) أشار به إلى أن جمع الجوامع علم لا اسم جنس وسيصرح بذلك في قوله وأشار بتسميته إلخ.

(قوله: جمع الجوامع) أي للكتب الجوامع أو المصنفات الجوامع فهو جمع جامع على القياس؛ لأن فاعلا إذا كان وصفا لغير عاقل كصاهل ينقاس جمعه على فواعل وإنما يكون **على خلاف القياس** إذا كان وصفا لعاقل فمن زعم أن الجمع هنا **على خلاف القياس** فقد سها عن شرط المسألة فإن جعل الجوامع وصفا

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر الحموي، أحمد بن محمد مكي ٢/١٣٣

لمقدمات مثلا أو رسائل أي المقدمات الجوامع أو الرسائل الجوامع كان مفرده جامعة ويكون الجمع قياسيا لكن المتبادر هو الأول كما يشير إلى ذلك قول الشارح كل مصنف جامع (قوله: تحريرا) تمييز محول عن المضاف إليه أي عن إكمال تحرير جمع الجوامع فيفيد أن الكتاب تحقق خارجا وأن الخطبة إلحاقية والشارح فهم هذا من الصفات الأربع التي وصف بها الكتاب بقوله الآتي من فني الأصول إلخ ولذلك قال بقرينة السياق وقرينة السياق هي ما يؤخذ من لاحق الكلام الدال على خصوص المقصود أو سابقه.

وأما قرينة السباق بالباء الموحدة فهي دلالة التركيب على معنى يسبق إلى الفهم منه مع احتمال إرادة غيره وتسمى دلالة السياق كما أن قرينة السياق تسمى كذلك وقول الكمال إن الحمل على إكمال التأليف ممكن بناء على تصوره في الذهن كاملا متصفا بما وصفه به في الخطبة قد استبعدوه وليس ببعيد فإنه كثيرا ما يقع من المؤلفين ذلك.

(قوله: فيما آمله) حال من كثرة أفاد به دفع ما يقال من أين كثرة الانتفاع مع عدم تحققها حال السؤال.

(قوله: وعلى كل خير مانع) أي نوع من المانع باعتبار أنه مانع من ذلك الخير وإن تعددت أفراده فأشار إلى أنه لولا هذا المعنى اللطيف لكان الظاهر منع المانع بتعريف الجنس؛ لأن الجنس في مقام النفي أولى من الجمع لصدق نفي الجمع مع بقاء الواحد.

(قوله: وأشار بتسميته إلخ) يعني أن دلالته على هذا الجمع إنما هي بطريق الإشارة ولمح المعنى الأصلي الإضافي إذ لا دلالة للعلم من حيث الوضع العلمي على أكثر من الذات من حيث هي هي.

(قوله: إلى جمعه كل مصنف) أشار بهذا إلى أن أل في الجوامع استغراقية وأن أجزاء هذا الجمع أفراد لا جموع وقوله فيما أي في فن هو أي جمع الجوامع فيه أي في ذلك الفن وهذا كلام ادعائي كقوله فيما بعد: البالغ من الإحاطة بالأصلين إلخ (قوله: فضلا) مصدر إما منصوب بفعل محذوف صفة لمصنف أو حال وقد استعمله الشارح في الثابت مع أن ابن هشام قال لا يستعمل إلا في النفي كقولك فلان لا يملك درهما فضلا عن دينار أي لا يملك دينارا بالأولى ويمكن أن يجاب بتأويل قوله إلى جمعه بالنفي بمعنى لم يترك على أن البعض نقل عن بعض الشيوخ صحة استعماله في الإثبات.

(قوله: بإفراد فن) يحتمل على هذه النسخة أو يراد بفن الأصول الجنس فيوافق التثنية وهو الأوفق بقوله الآتي البالغ من الإحاطة بالأصلين.

(قوله: وفي نسخة بتثنيته) قال الكمال كلتا النسختين بخط المؤلف كما أفاده الشارح من لفظه اهـ.

(قوله: وهي أوضح) ؛ لأن التثنية نص في المقصود بخلاف المفرد؛ لأنه وإن كان اسم جنس دالا على الماهية بلا قيد من وحدة أو غيرها فيصدق بالاثنين لكنه ليس نصا في ذلك فيحتاج لقرينة تعين المقصود وقد يوجه الإفراد بأنه إشارة إلى أن المقصود الأصلي من الكتاب بالذات أصول الفقه والتثنية إلى اشتمال كتابه على الفنين لئلا يتوهم خلافه من الإفراد.

(قوله: المختتم بما يناسبه إلخ) جواب عما يقال المذكور في الكتاب فنون ثلاثة لختمه بعلم التصوف بأن علم التصوف من حيث إنه علم باحث عن أحوال النفس." (١)

"لا يجب) العمل به (مطلقا) أي عن التفصيل الآتي؛ لأنه على تقدير حجيته إنما يفيد الظن، وقد نهى عن اتباعه وذم عليه في قوله تعالى {ولا تقف ما ليس لك به علم} [الإسراء: ٣٦] {إن يتبعون إلا الظن} [النجم: ٢٣] ، قلنا: تقدم جواب ذلك قريبا (و) قال (الكرخي) : لا يجب العمل به (في الحدود) ؛ لأنها تدرأ بالشبهة لحديث مسند أبي حنيفة «ادرءوا الحدود بالشبهات» ، واحتمال الكذب في الآحاد شبهة.، قلنا: لا نسلم أنه شبهة على أنه موجود في الشهادة أيضا (و) قال قوم: لا يجب العمل به (في ابتداء النصب) بخلاف ثوانيها حكاه ابن السمعاني عن بعض الحنفية قال فقبلوا خبر الواحد في النصاب الزائد على خمسة أوسق؛ لأنه فرع، ولم يقبلوه في ابتداء نصاب الفصلان والعجاجيل؛ لأنه أصل يعني فيما إذا ماتت الأمهات من الإبل والبقر في أثناء الحول بعد الولادة وتم حولها على الأولاد فلا زكاة عندهم في الأولاد مع شمول الحديث لها

ـــــــQوالأستاذ أبو إسحاق ونقله عن الجمهور، ولكن الصحيح في مذهبنا كما ذكره الأستاذ أبو منصور البغدادي عدهم علماء واعتبار قولهم قال ابن الصلاح، وهو الذي استقر عليه الأمر قال المصنف وما عداه مستنكر ففي القوم جبال علوم (قوله: لا يجب) أي في غير ما سبق إذ العمل به فيما سبق إجماع فلذلك قال على التفصيل الآتي أي لا عن السابق أيضا حتى يمتنع العمل به في الفتوى والشهادة كما يتوهم من الإطلاق

(قوله:، وقد تقدم جواب ذلك) أي في قوله، وأجيب بأن ذلك فيما المطلوب فيه العلم إلخ (قوله: على تقدير حجيته) قال شيخنا الشهاب لك أن تقول: هو مستدرك اهـ. سم.

(قوله: في الحدود) كأن روى شخص عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أن من زنى حد (قوله: لحديث

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع حسن العطار ٣٠/١

مسند) الإضافة على معنى في أو من (قوله: لا نسلم أنه شبهة) ؛ لأن احتمال خبر العدل للكذب ضعيف (قوله: على أنه موجود في الشهادة) مع أن العمل بخبر الواحد واجب اتفاقا فيها كالإفتاء، وقد يفرق بين الحد والشهادة بأنه مقصد وهي وسيلة والوسائل يغتفر فيها ما لا يغتفر في المقاصد (قوله: في ابتداء النصب) هو أول مقدار تجب فيه الزكاة والنصب جمع نصاب، وهو القدر الذي تجب فيه الزكاة وثوانيها هي ما زاد على أول مقدار تجب فيه الزكاة فرضا أو وقصا، والوقص ما بين الفرضين (قوله: عن بعض الحنفية) هو قول أبي يوسف ومحمد وأما أبو حنيفة فإنه لم يعتبر في زكاة الزروع والثمار نصابا بل أوجبها في القليل والكثير قاله الكمال

(قوله:؛ لأنه فرع) يعني فيغتفر فيه لكونه تابعا ما لا يغتفر في المتبوع (قوله: والعجاجيل) جمع عجول أو جمع عجل **على خلاف القياس**؛ لأن فعاليل لا يكون جمعا للثلاثي، وهو ولد البقرة والفصلان جمع فصيل، وهو ولد الناقة (قوله: يعني فيما إذا ماتت الأمهات من الإبل والبقر) إنما اقتصر عليهما مع أن غيرهما كالغنم كذلك لاقتصار ابن السمعاني على الفصلان والعجاجيل إذ لا يطلقان على أولاد الغنم اهـ. سم.

(قوله: مع شمول الحديث لها)." (١)

"ومن شرطها أن تكون متعدية من محل النص إلى غيره كالإسكار والكيل والوزن والطعم فلا عبرة بالقاصرة وهي ما لا توجد في غير محل النص كالثمينة في النقدين فإن هذا مختص بهما قاصر عليهما إذا علم هذا فليعلم أن الحكم قد يتخلف عن العلة وتخلفه عنهما يعود إلى أقسام أحدها ما يعلم استثناؤه عن قاعدة القياس كإيجاب الدية في قتل الخطأ على العاقلة مع العلم باختصاص كل امرىء بضمان جناية نفسه لقوله تعالى {ولا تزر وازرة وزر أخرى} الأنعام ١٦٤ وكذا إيجاب صاع تمر في المصراة عن اللبن المحتلب ههنا مع أن تماثل الأجزاء علة إيجاب المثل في ضمان المثليات فكان يقتضي ذلك أن يضمن لبن المصراة بمثله فهذا لا تبطل به علة القياس لثبوته قطعا بنص الشارع ومناسبة العقل ولا يلزم المستبدل الاحتراز عنه بتعليله بأن يقول كل امرىء مختص بضمان جناية نفسه إلا في دية الخطأ وتماثل الأجزاء علة إيجاب المثل في ضمان المثليات إلا في المصرات لأنه إنما يجب الاحتراز عما ورد نقضا وهذا ليس كذلك وإن كانت العلة مظنونة كورود العرايا على علة الربا على كل قول وكل مذهب بلا نقض ولا تخصيص العلة بل على

---

(١) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع حسن العطار ١٦٠/٢

المناظر بيان ورودها على مذهب خصمه أيضا

واعلم أن قول الفقهاء هذا الحكم مستثنى عن قاعدة القياس أو خارج عن القياس أو ثبت **على خلاف القياس** ليس المراد به أنه تجرد عن مراعاة المصلحة حتى خالف القياس وإنما المراد به أنه عدل به عن نظائره لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائره على جهة الاستحسان الشرعي فمن ذلك أن القياس يقتضي عدم." (١)

"(القاعدة الرابعة عشرة (المادة / ١٥))

(" ما ثبت **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس عليه ")

(أولا ــ الشرح)

" ما ثبت " من الأحكام بالنص الوارد " **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس عليه ".

القياس: جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه بعلة واحدة فيهما، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى: {فاعتبروا يا أولي الأبصار} لأن الاعتبار هو النظر في الثابت لأي معنى ثبت وإلحاق نظيره به، وهو القياس بعينه.

وشرط الاستدلال بالقياس عدم وجود النص في المقيس، لأن القياس إنما يصار إليه ضرورة خلو الفرع عن حكم ثبت له بطريق التنصيص، فإذا وجد التنصيص على الحكم فلا قياس.

والاستدلال في بعض المسائل بالنص والقياس معا إنما هو لأجل أن الخصم إن طعن في النص بأنه منسوخ أو غير متواتر أو غير مشهور أو مؤول يبقى القياس سالما لا مطعن فيه، لا لأنه دليل على تقدير سلامة النص من الطعن.

وليس القياس عملا بالظن كما يقول البعض، بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي، والعمل بغالب الظن واجب وإن بقي معه ضرب احتمال. والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس، بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط.." (٢)

---

(١) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لابن بدران ابن بدران ص/٣١٣

(٢) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/١٥١

"(ثانيا _ التطبيق)

قد ثبت على خلاف القياس أحكام كثيرة تفوق الحصر، فيقتصر فيها على مورد النص، ولا يقاس عليها غيرها.

(أ) منها: الحدود، فقد ورد للسارق القطع فلا يقاس عليه النباش مثلا.

(ب) ومنها: الإجارة، فإنها بيع المنافع وهي معدومة، وبيع المعدوم باطل، ولكن جوزت للضرورة، وهي الحاجة إليها، فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة. (ر: الفتاوى الخيرية في كتاب الوقف، في أثناء جواب سؤال رفع إليه في استدانة المتولي، نقلا عن البحر وغيره) ، فيقتصر فيها على موضع الحاجة، ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه، فلا يجوز إيجار متحدي المنفعة مقايضة، كسكنى دار أو حانوت بسكنى نظيره، لعدم الحاجة إليها.

(ج) ومنها: المزارعة والمساقاة، فإن القياس عدم جوازهما لأنهما استئجار للمزارع والمساقي ببعض الخارج من عملهما وهو منهي عنه. ولكنهما جوزنا لورود الأثر فيهما، فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل، كعصر الزيتون والسمسم وغزل القطن بجزء من زيته أو شيرجه أو غزله مثلا.

(د) ومنها: التحالف، فإنه ثبت في البيع على خلاف القياس إذا كان المبيع مقبوضا، فلا يقاس عليه النكاح مثلا. أما قبل قبض المبيع فهو على القياس. (ر: الدرر شرح الغرر، كتاب الدعوى، التحالف) .

(هـ) ومنها: السلم والاستصناع والوصية ... . والتتبع ينفي الحصر.

(تنبيه:)

لا مخالفة بين كون الحنفية يقدمون القياس على خبر الواحد وبين قولهم في الوقف إنهم يعملون بالمرسل ويقدمون خبر الواحد على القياس. وذلك لأن تقديمهم القياس على خبر الواحد إنما هو فيما إذا كان المقيس عليه ثبت حكمه." (١)

"(ثانيا _ التطبيق)

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/١٥٢

مما فرع على هذه القاعدة: (أ) تجويز الإجارة، فإنها جوزت بالنص **على خلاف القياس**، للحاجة إليها، وذلك لأن عقد الإجارة يرد على المنافع وهي معدومة، وتمليك المعدوم قبل وجوده يستحيل، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافا إلى زمن وجود المنفعة لأن التمليكات لا تقبل الإضافة.

(ب) ومنه: تجويز السلم، فإنه جوز بالنص أيضا **على خلاف القياس** للحاجة، لأنه بيع المعدوم أيضا.

(ج) ومنه: تجويز ضمان الدرك، فإنه جوز بالإجماع، **على خلاف القياس**. وذلك لأن الكفالة من جهة المطلوب، وهو المكفول عنه، بمنزلة الطلاق والعتاق لا تتوقف على قبوله، ومن جهة الطالب، وهو المكفول له، بمنزلة البيع لأنها تملكه حق مطالبة الكفيل، فتستدعي التنجيز كسائر التمليكات، وضمان الدرك عبارة عن ضمان الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، فهو كفالة مضافة، والقياس يأباها لأنها تمليك للطالب كما ذكرنا، والتمليكات لا تقبل الإضافة، لكنها جوزت بالإجماع (ر: الهداية، من الكفالة) لمكان التعامل، وبقوله تعالى: {ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم} على ما فيه من البحث.

(د) ومنه: تجويزهم استئجار السمسار على أنه له في كل مائة كذا، فإن القياس يمنعه، ويوجب له أجر المثل. ولكن جوزوه للتعامل (ر: رد المحتار، من الإجارة الفاسدة، نقلا عن التتارخانية عن محمد بن سلمة) وقال عقبه: وكثير من هذا غير جائز فجوزوه لحاجة الناس إليه.

(هـ) ومنه: تجويز استئجار الظئر للإرضاع، على القول بأن العقد يرد على اللبن والخدمة تثبت تبعا، فإنه جوز للحاجة، بالتعامل وبقوله سبحانه: {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} ، وإلا فالقياس يأباه لأنه وارد على استهلاك العين، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان مقصودا لا تجوز.." (١)

"في الهبة، وحق المستحق في الوقف بعد بدو الغلة قبل حصولها في يد المتولي، فإنهما لا يسقطان بالإسقاط. ولا يرد حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة حيث إنه مثل الرجوع في الهبة متعلق بتملك عين مع أنه يسقط بالإسقاط لأنه غير متأكد، فإن للإمام أن يقسمها بين الغانمين بل يقر أهلها عليها ويضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج.

ولا يرد أيضا حق الموصى له بالمنفعة، حيث إنه مثل المستعير تحدث المنفعة الموصى له بها شيئا فشيئا مع أنه لو أسقط حقه منها يسقط، وذلك لأن الوصية واردة **على خلاف القياس**، حتى إن ابن أبي ليلى قال: إن الوصية بالمنفعة لا تصح أصلا لأنها تحدث على ملك الورثة لا على ملك المورث فلا يصح

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٢١١

تمليكه لها.

ولا يقال إن العارية واردة أيضا **على خلاف القياس** مع أنها لا تسقط بالإسقاط لأن الفرع إذا ورد **على خلاف القياس** لا يلزم أن يكون منطبقا على غيره مما ورد **على خلاف القياس**، وإلا وجب أن يتشكل قياس آخر ولا قائل به. على أنه قد يفرق بأن المملك في العارية حي تعتبر معه حدوث المنفعة على ملك المستعير آنا فآنا، بمنزلة عاريات متجددة كما قالوا في المنفعة الحادثة على ملك المستأجر، بخلافها في جانب الموصى له بعد وفاة الموصي.

(تنبيه:)

قد تقدم أن حق تحليف الخصم اليمين المتوجهة عليه لا يسقط بالإسقاط. وقد ذكر ذلك في متن التنوير، قبيل التحالف، وعلله الشارح نقلا عن البزازية بأن التحليف للحاكم. وهذا إذا أسقطه قصدا، أما لو صالح عند أو افتداه بمال صح وسقط اليمين، لأن المدعي أسقط خصومته بأخذ المال من المدعى عليه. (ر: الدر وحاشيته، من المحل المذكور) . وإذا سقطت الخصومة سقطت اليمين ضرورة لأنها فرع توجه الدعوى. هذا، ولينظر ما لو اسقط المدعي حقه من طلب التحليف. ومقتضى تعليل البزازية لعدم السقوط هناك بقوله: " لأن التحليف للحاكم " أن يسقط هنا، لأن طلب التحليف للمدعي.." (١)

"بالدخول والخروج، وحاشيته) . وكقول بائع الثمر للمشتري بعد أن أذن له بأكل ما سيظهر من الثمر إذا خاف المشتري أن يرجع عن الإذن: كلما رجعت عن الإذن فأنت مأذون بالأكل (ر: الدر المختار وحاشيته، باب ما يدخل في البيع تبعا) لكن قد مشت المجلة في المادة / ٢٠٧ / على قول الحلواني في هذه المسألة، من أن البيع صحيح في المعدوم تبعا للموجود. وكقول الإمام: إن شغرت الولاية الفلانية فقد وليتك إياها.

ومما يصح تعليقه بالملائم: الكفالة والإبراء، كقوله: إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن، وقوله: إن غاب المديون أو مات ولم يدع شيئا فأنا كفيله، وقوله: إن قدم فأنا كفيله، وكقوله: إن وافيت به غدا فأنت بريء. والثالث _ ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقا. وهو المعاوضات المالية، كالبيع والشراء والإجارة والقسمة والصلح عن مال بمال.

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٢٧٠

[وكذا التمليكات، كالهبة. ويستثنى الوصية إذا علقت بالموت، فإنها تصح **على خلاف القياس**] .
كما يعلم جميع ذلك من تتبع باب ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به من الدر المختار وحاشيته.

(تنبيه:)
لا يخفى أنه إذا اختلف الزوجان في وجود شرط الطلاق المعلق وعدمه فالقول قول منكر وجود الشرط، وهو الزوج، والبينة بينة الزوجة على وجوده (ر: الدر المختار، من باب التعليق) .
ولكن إذا ثبت وجود الشرط بالبينة فليس وقوع الطلاق مطردا في ذلك، بل في المسألة تفصيل، وهو أن التنازع إذا قام على وجود الطلاق لوجود شرطه، وثبت وجود الشرط بالبينة، فلا كلام في وقوعه أي شيء كان الشرط، أي سواء كان الشرط مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن تعليق الطلاق عليه أو لا.." (١)

"(القاعدة الخامسة والثمانون (المادة / ٨٦))

(" الأجر والضمان لا يجتمعان ")

(أولا _ الشرح)

" الأجر " أي بدل المنفعة " والضمان " وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه " لا يجتمعان " إذا اتحدت جهتهما، لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب، ومنافع المغصوب غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد الإجارة **على خلاف القياس** لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين.
قيدنا بقولنا: " إذا اتحدت جهتهما " ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما، وذلك كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه، وكانت تطيق حمل الاثنين، فعطبت بعد بلوغ المقصد، فعليه كل الأجر ويضمن نصف قيمتها، وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان. ولو كانت لا تطيق حمل

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤١٧

الاثنين ضمن كل قيمتها (ر: الدر المختار، من الإجارة) .
والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها، لأنه حينئذ يعد غاصبا للكل من الابتداء. كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم بر مثلا، فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت، فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله. وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصبا. وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص.." (١)

"عامة المسائل، وإن كان له بصر بالأدلة الشرعية عرف الراجح في الشرع؛ وأحمد كان أعلم من غيره بالكتاب والسنة وأقوال الصحابة والتابعين لهم بإحسان؛ ولهذا لاي كاد يوجد له قول يخالف نصا كما يوجد لغيره، ولا يوجد له قول ضعيف في الغالب إلا وفي مذهبه قول يوافق القول الأقوى، وأكثر مفاريده التي لم يختلف فيها مذهبه يكون قوله فيها راجحا، كقوله بجواز فسخ الإفراد والقران إلى التمتع، وقبوله شهادة أهل الذمة على المسلمين عند الحاجة، كالوصية في السفر وقوله بتحريم نكاح الزانية حتى تتوب، وقوله بجواز شهادة العبد، وقوله بأن السنة للمتيمم أن يمسح الكوعين بضربة واحدة.
وقوله في المستحاضة بأنها تارة ترجع إلى العادة، وتارة ترجع إلى التمييز؛ وتارة ترجع إلى غالب عادات النساء؛ فإنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها ثلاث سنن؛ عمل بالثلاثة أحمد دون غيره.
وقوله بجواز المساقاة والمزارعة على الأرض البيضاء والتي فيها شجر وسواء كان البذر منهما أو من أحدهما، وجواز ما يشبه ذلك وإن كان من باب المشاركة ليس من باب الإجارة ولا هو **على خلاف القياس**، ونظير هذا كثير.
وأما ما يسميه بعض الناس مفردة لكونه انفرد بها عن أبي حنيفة والشافعي، مع أن قول مالك فيها موافق لقول أحمد أو قريب منه، وهي التي صنف لها الهراسي ردا عليها، وانتصر لها جماعة كابن عقيل والقاضي أبي يعلى الصغير وأبي الفرج ابن الجوزي، وأبي محمد بن المثنى: فهذه غالبها يكون قول مالك وأحمد أرجح من القول الأخر وما يترجح فيها القول الآخر يكون مما اختلف فيه قول أحمد، وهذا: كإبطال الحيل." (٢)

---

(١) شرح القواعد الفقهية أحمد الزرقا ص/٤٣١

(٢) المدخل المفصل لمذهب الإمام أحمد بكر أبو زيد ٢٩٩/١

"ثمرة الخلاف:

تظهر ثمرة الخلاف في مسائل منها:

١ – قوله صلى الله عليه وسلم: «انطلق فحج مع امرأتك» هل يمكن أن يستدل به على الوجوب؟ فيقال: يجب على الرجل مرافقة زوجته في حج الفريضة؟ قيل: نعم؛ عملا بظاهر اللفظ، والأكثر لم يوجبوا عليه ذلك؛ لكونه أمرا بعد حظر فلا يفيد الوجوب، بل الإباحة. والندب مستفاد من كونه من الإحسان للزوجة.

٢ – قوله تعالى: {فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا} [النور٣٣]، هل يمكن أن يستدل به على وجوب مكاتبة العبد إذا علم السيد فيه خيرا؟.

قيل: نعم؛ أخذا بظاهر الأمر، والجمهور قالوا: لا يجب؛ لأنه أمر بعد حظر، فلا يفيد الوجوب. والحظر هنا غير منصوص عليه ولكنه مفهوم مما عرف عن الشارع؛ لأنه لا يوجب على المالك أن يبيع شيئا من ماله مؤجلا. فثبوت ملك السيد لعبده بمثابة المانع من المكاتبة.

وقال الزركشي: إنه **على خلاف القياس**، فكان كالممنوع منه؛ إذ من حقه التحريم لولا ورود السمع (١).

٣ – قوله تعالى: {فأتوهن من حيث أمركم الله} [البقرة٢٢٢] بعد قوله: {فاعتزلوا النساء في المحيض}، فالأمر باعتزال النساء في المحيض نهي عن الجماع والأمر بإتيانهن أمر بالجماع جاء بعد الحظر، فهل يمكن أن يستدل

---

(١) البحر المحيط ٢/ ٣٨٢.." [1]

"ذلك عن ابن عباس.

دليل هذا القول:

١. ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «والله لأغزون قريشا، والله لأغزون قريشا، والله لأغزون قريشا، إن شاء الله» (أخرجه أبو داود وصححه ابن حبان، وقال ابن حجر: رجح الأئمة إرساله)، ففصل بين القسم الأول والاستثناء بقسم ثان وثالث.

ويجاب عنه بأن القسمين الثاني والثالث تأكيد للأول، فلا يعدان فصلا حقيقيا.

٢. أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استثنى من كلام قاله بعد شهر من التكلم به، لما نزل عليه قوله تعالى:

---

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله عياض السلمي ص/٢٦٤

{واذكر ربك إذا نسيت} [الكهف٢٤]، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن شاء الله».
وهذا الأثر رواه ابن جرير في تفسيره من طريق محمد بن إسحاق عن شيخ من أهل مصر فهو ضعيف لا تقوم به حجة، وقد اجتهد الآمدي في تأويله.
وذهب بعض العلماء إلى جواز تأخير الاستثناء ما دام في المجلس، وهو منقول عن عطاء والحسن البصري.
ووجهه أن الكلام في المجلس الواحد يكون له حكم الاتصال، وإن تخلله سكوت أو كلام في أمر آخر، وذلك لأن الشارع جعل البيعين بالخيار ما لم يتفرقا، أي: ما داما في المجلس، فجعل عقد البيع قابلا للنقض والإبطال ما دام العاقدان في المجلس.
ويجاب بأن المجلس قد يطول، وبأن خيار المجلس ثبت بنص خاص **على خلاف القياس** فلا يقاس عليه. وبأن المسألة لغوية فلا يجري فيها القياس.." (١)

"٢٨٥ – قاعدة ما اجتمع محرم ومبيح إلا غلب المحرم (شن)
٢٨٦ – قاعدة ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل بخلافه (مج)
٢٨٧ – قاعدة ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين (شن)
٢٨٨ – قاعدة ما ثبت **على خلاف القياس** فغيره لا يقاس عليه (مج)
٢٨٩ – قاعدة ما ثبت يكون باقيا ما لم يوجد الدليل المزيل (سير)." (٢)

"والفصل في هذه القضية يعود إلى تحديد ما هو عبادة محضة، وما يعقل معناه وتدرك علته، وهذا مما يقع فيه الاختلاف.
[٣] أن لا يكون حكما مختصا بالأصل.
فاختصاصه بالأصل يمنع تعديته للفرع، كزيادته – صلى الله عليه وسلم – في النكاح على أربع نسوة، وتحريم نكاح نسائه من بعده، ونحو قصة أبي بردة بن نيار في الأضحية حين قال للنبي – صلى الله عليه وسلم –: عندي جذعة خير من مسنة، فقال: ((اذبحها، ولن تجزي عن أحد بعدك)) [متفق عليه] .
[٤] أن لا يكون حكما منسوخا.
وهذا ظاهر.

---

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله عياض السلمي ص/٣٣٠
(٢) قواعد الفقه البركتي ص/١١٤

تنبيه: اشترط بعض العلماء هنا شرطا خامسا، هو: أن لا يكون الأصل معدولا به عن القياس، ويعبر البعض عن ذلك بقوله: (**على خلاف القياس**) .

وهذا في التحقيق شرط فاسد؛ لأن صحة القياس إنما تعرف بالنص، فإذا ظن مجيء نص صحيح **على خلاف القياس** فذلك دليل على فساد ذلك القياس، ولا يصلح نصب التعارض بين قياس صحيح ونص صحيح لأنه غير وارد، وإن ادعي وجوده فذلك في الذهن لا في نفس الأمر.." (١)

"وقد رخص بعض أهل العلم فيمن ابتاع شيئا مما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب، أن يبيعه قبل أن يستوفيه، وإنما التشديد عند أهل العلم في الطعام، وهو قول أحمد، وإسحاق» (١)، ورأي أحمد وإسحاق هو رأي الظاهرية أيضا.

وكما لا يأخذ الظاهرية بأقوال الصحابة والتابعين، مع أن المحدثين ألحقوها بالنصوص - لا يأخذون بالرأي في أي شكل من أشكاله، سواء أكان قياسا أم مصلحة أم استحسانا أم غير ذلك، مما سيأتي عند الكلام على أصولهم.

أما المحدثون فهم وإن كانوا يكرهون الرأي، لا يحرمون الرأي المحمود، لا على أنفسهم ولا على غيرهم، ما دام لا يخالف نصا، ولا ينقض أصلا. فقد قال أحمد بالقياس عند الضرورة، كما عمل بالمصلحة (٢)، وأخذ بالاستحسان، فقد جاء في " المغني " فيما إذا غصب أرضا فزرعها ثم استرجعها ربها والزرع قائم: «إنما ذهب - أحمد - إلى هذا الحكم استحسانا، **على خلاف القياس»** ... «وقد صرح به أحمد فقال: " هذا شيء لا يوافق القياس، أستحسن أن يدفع إليه نفقته، للأثر "» (٣).

ثالثا - اختلف الظاهرية مع المحدثين في بعض صور الإسناد: فالظاهرية

---

(١) " الترمذي بشرح ابن العربي ": ٥/ ١٩٠، ١٩١؛ وانظر " بداية المجتهد ": ٢/ ١٣٠، ١٢٢.

(٢) انظر " ابن حنبل "، لأبي زهرة: ص ٣٠٠.

(٣) انظر "المغني ": ٥/ ٢٣٤، ٢٣٦ بتصرف يسير. والأثر الذي من أجله ترك أحمد القياس هو الحديث: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء [وله] نفقته»، والاستحسان للأثر هو نوع من أنواع الاستحسان، إذ هو ترك لمقتضى القياس لأثر أو إجماع أو قياس آخر (انظر " أصول التشريع "،

---

(١) تيسير علم أصول الفقه عبد الله الجديع ص/١٧٦

لأستاذنا علي حسب الله: ص ١٦٥، ١٦٧؛ و" أبو حنيفة "، للأستاذ أبي زهرة: ص ٣٤٢، ٣٤٩).." (١)

"• ابن قدامة:

- أن الصحيح أن هذا الفعل ليس بمسنون، لأن النبي لم يفعله ولا أمر به ... : ٢٧١ هامش.

- إنما ذهب - أحمد - إلى هذا الحكم استحسانا، **على خلاف القياس** ... : ٣٦٢.

- قال بعض أصحابنا: يستحب لمن نفر أن يأتي المحصب، وهو الأبطح: ١٦٢ و ١٦٣.

- والأول أظهر - أي كونه طاهر -، وقول أحمد: " إني لأفزع منه " ليس بصريح في نجاسته، وإنما هو دليل على توقفه فيه: ٤٢٠.

- وبه قال مالك، والشافعي، في أهل الحجاز، وأبو حنيفة، والثوري ... : ١٣٦.

- وظاهر هذا أن جماعة من الصحابة كانوا يخرجون التمر فأحب ابن عمر موافقتهم ... : ٢٧٠.

- وقول الصحابي مضت السنة، يقتضي سنة النبي - صلى الله عليه وسلم -: ٢٥٩.

- وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدارا في العين الواحدة من الدابة ... : ٢٧٢.

- وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ... : ٤٤٦.

• ابن القيم:

- إذ عندهم أن الشرط المتقدم كالمقارن، والشرط العرفي كاللفظي ... : ٦٢١.

- أطال ابن القيم في دعم حجية أقوال الصحابة، وساق في ذلك ستة وأربعين وجها: ٢٧٩.

- إقرار المريض لوارثه بدين باطل عند الجمهور؛ للتهمة: ٦٠٧.

- أن رأيه هذا مما تفرد به عن الأمة (ابن حزم): ٤٠٨.

- إن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد قال كلمتين كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم وهما قوله: " إنما الأعمال بالنيات ... : ٦١٣.

- بل أحكام السنة التي ليست في القرآن إن لم تكن أكثر منها لم تنقص عنها ... : ٢١٣.

- الحيلة في فسخ المرأة النكاح أن ترتد ثم تسلم ... : ٦٢٣.

---

(١) الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري عبد المجيد محمود ص/٣٦٢

- فأتبع الناس لمالك ابن وهب وطبقته ... : ١٣٨.
- فاجتهد بعضهم وصلاها في الطريق، وقال: لم يرد منا التأخير ... : ١٧٣.
- فلا بد من إرادتين: إرادة التكلم باللفظ اختيارا، وإرادة موجبه ومقتضاه: ٤٣٤.
- فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد وقال: يؤثر الشرط متقدما ومقارنا ... : ٤٤٤.
- فهاتوا لنا الفرق بين ما يقبل من السنن الصحيحة، وما رد منها ... : ٢٢٢.
- وأحسنوا في اعتنائهم بالنصوص ونصرها، والمحافظة عليها ... : ٤٠٠.
- والذي جاءت به الشريعة أن اليمين تشرع من جهة أقوى المتداعيين ... : ٨٥.
- والذين ذكروا الحيل لم يقولوا إنها كلها جائزة، وإنما أخبروا أن كذا حيلة وطريق إلى كذا ... : ٦٢٣.
- والله سبحانه ولاه منصب التشريع عنه ابتداء، كما ولاه منصب البيان لما أراده بكلامه: ٢١٣
- وأما طريقة الصحابة والتابعين، وأئمة الحديث كالشافعي والإمام أحمد ومالك وأبي حنيفة ... : ٨٥.
- وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ... : ٤٣٤.." (١)

"نظير جائز في الشرع يمكن إلحاقه به، ولكن كان فيه منفعة ومصلحة، كما وقع في الصدر الأول من تدوين الدواوين، وضرب الدراهم، والعهد بالخلافة، وغير ذلك مما لم يأمر به الشرع، ولم ينه عنه، ولم يكن له نظير قبل، فإنه دعت إليه الحاجة، وسوغته المصلحة، بخلاف الضرورة؛ فإن ما يجوز لأجلها لا يعتمد شيئا من ذلك.

أما ما لم يرد فيه نص يسوغه، ولا تعاملت عليه الأمة، ولم يكن له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به، وليس فيه مصلحة عملية ظاهرة، فإن الذي يظهر عندئذ عدم جوازه، جريا على ظواهر الشرع، لأن ما يتصور فيه أنه حاجة، والحالة هذه، يكون غير منطبق على مقاصد الشرع، وقد ذكر ابن الهمام أن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي.

وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح، ولو ظنت فيه مصلحة؛ لأنها حينئذ وهم.

والفرق بين الحاجة والضرورة في الأحكام أمران:

(١) الاتجاهات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري عبد المجيد محمود ص/٧٩٢

١ - إن الضرورة تبيح المحظور سواء كان الاضطرار للفرد أو للجماعة، والحاجة لا تبيح المحظور إلا للجماعة، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة.

٢ - الحكم الثابت بالضرورة ينتهي بانتهاء الاضطرار؛ بخلاف الحكم الثابت

بالحاجة، فهي تثبت بصورة دائمة، يستفيد منها المحتاج وغيره، وهي لا تصادم النص، إنما تخالف القواعد العامة والقياس.

التطبيقات

١ - تجويز الإجارة، فإنها جوزت بالنص **على خلاف القياس**، للحاجة إليها؛ لأن عقد الإجارة يرد على المنافع، وهي معدومة، وتمليك المعدوم قبل وجوده يستحيل، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافا إلى زمن وجود المنفعة؛ لأن التمليكات لا تقبل الإضافة.

(الزرقا ص ٢١١، اللحجي ص ٤٥) .." (١)

"٢ - تجويز السلم، وهو بيع معدوم، وإن جوز بالنص **على خلاف القياس** لحاجة الكثير إليه.

(الزرقا ص ٢١١، الدعاس ص ٣٤) .

٣ - تجويز الجعالة، وهو عقد مع غير معلوم، ففيه جهالة، وجوزت للحاجة إليه (اللحجي ص ٤٥) .

٤ - تجويز الحوالة، وهو بيع الدين بالدين، وجوزت لعموم الحاجة إلى ذلك.

(اللحجي ص ٤٥) .

٥ - تجويز ضمان الدرك (١) ، فإنه جوز با لإجماع، **على خلاف القياس**؛ وذلك لأن الكفالة من جهة المطلوب، وهو المكفول عنه، بمنزلة الطلاق والعتاق لا تتوقف على قبوله، ومن جهة الطالب، وهو المكفول له، بمنزلة البيع؛ لأنها تملكه حق مطالبة الكفيل، فتستدير التنجيز كسائر التمليكات، وضمان الدرك عبارة عن ضمان

الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، فهو كفالة مضافة، والقياس يأباها؛ لأنها تمليك للطالب كما ذكرنا، والتمليكات لا تقبل الإضافة، لكنها جوزت بالإجماع، لمكان التعامل، ولقوله تعالى: (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم (٧٢) ..

(الزرقا ص ٢١١) .

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٢٩٠/١

٦ – تجويز استئجار السمسار على أن له في كل مئة كذا، فإن القياس يمنعه.

ويوجب له أجر المثل، ولكن جوزوه للتعامل لحاجة الناس إليه.

(الزرقا ص ٢١١) .

٧ – تجويز استئجار الظئر للإرضاع، على القول بأن العقد يرد على اللبن، والخدمة تثبت تبعا، فإنه جوز للحاجة، بالتعامل، وبقوله تعالى:.

(فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ، وإلا فالقياس يأباه، لأنه وارد على استهلاك العين.

والإجارة إذا وردت على استهلاك العين مقصودا لا تجوز.

(الزرقا ص ٢١١) .

٨ – تجويز الاستصناع فيما فيه التعامل، على الصحيح، من أن الاستصناع بيع.

.

(١) وهو أن يضمن البائع المبيع للمشتري إذا أدركه آخر وطالب باستحقاق المبيع، فيرد البائع الثمن للمشتري.." (١)

"القاعدة: [٨٤]

ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس (م/١٥)

الألفاظ الأخرى

– ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.

التوضيح

القياس: هو جعل الحكم في المقيس مثل الحكم في المقيس عليه، بعلة واحدة فيهما، وهو حجة عند الفقهاء والمتكلمين بقوله سبحانه وتعالى:.

(فاعتبروا يا أولي الأبصار (٢) .

لأن الاعتبار هو النظر الثابت لأي معنى ثبت.

وإلحاق نظيره به، وهو القياس بعينه.

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٢٩١/١

وشرط الاستدلال بالقياس عدم وجود النص في المقيس عليه؛ لأن القياس إنما يصار إليه ضرورة خلو الفرع عن حكم ثبت له بطريق التنصيص، فإذا وجد التنصيص على الحكم فلا قياس.

والاستدلال في بعض المسائل بالنص والقياس معا إنما هو لأجل أن الخصم إن طعن في النص بأنه منسوخ أو غير متواتر، أو غير مشهور، أو مؤول، يبقى القياس سالما لا مطعن فيه، لا لأنه دليل على تقدير سلامة النص من الطعن.

وليس القياس عملا بالظن، كما يقول البعض، بل هو عمل بغالب الظن وأكبر الرأي، والعمل بغالب الظن واجب، وإن بقي معه ضرب احتمال.." (١)

"والمماثلة بين المقيس والمقيس عليه من جميع الوجوه غير واجبة لصحة القياس، بل الواجب المماثلة في علة الحكم فقط.

ومعنى القاعدة: أن الحكم الشرعي إذا كان ثابتا بنص القرآن أو السنة أو الإجماع، ووارداً معدولا به عن سنن القياس، لا يجوز أن يقاس عليه غيره، بأن يثبت مثل ذلك الحكم للغير لعلة جامعة بينهما، وذلك لوجود اعتبارات تشريعية خاصة بها، فغير هذه الأحكام لا يقاس عليها، لأنها وردت على خلاف القواعد العامة الثابتة في الشريعة.

التطبيقات

قد ثبت **على خلاف القياس** أحكام شرعية كثيرة، تفوق الحصر، فيقتصر فيها على مورد النص، ولا يقاس عليها غيرها، منها:

١ - شهادة خزيمة: فقد قبلها الرسول عليه الصلاة والسلام من خريمة وحده، مع أن نصاب الشهادة اثنان، وقد روى أبو داود أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اشترى ناقة منأعرابب، وقال: هلم شهيدا، فقال: من يشهد لي، ولم يحضرني أحد، فقال خريمة: أنا أشهد، يا رسول الله أنك أوفيت، فقال - صلى الله عليه وسلم -: كيف تشهد لي، ولم تحضرتي؟ فقال: يا رسول الله، إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء، أفلا نصدقك فيما تخبر به من ثمن الناقة، فقال عليه الصلاة والسلام:

"من شهد له خزيمة فهو حسبه ".

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٥٠٢/١

فلا تقبل شهادة مسلم واحد بمفرده، ولو كان مثل خريمة أو أفضل منه.

(الدعاس ص ٥٦) .

٢ - كفارة الأعرابي: في الإفطار التي رواها الستة إلا النسائي، وخلاصتها أن أعرابيا واقع أهله في رمضان، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم -، فعرض عليه عتق رقبة، فأظهر العجز، ثم عرض عليه صيام ستين يوما، فأظهر العجز، فأعطاه النبي - صلى الله عليه وسلم - تمرا

يتصدق به، فقال الأعرابي:

"ما بين لابتيها أهل بيت أفقر منا".

فقال له: "أطعمه أهلك"." (١)

"فلا يقاس على الأعرابي مسلم آخر بإطعام كفارته لأهله.

(الدعاس ص ٥٦) .

٣ - بيع السلم: فقد ورد مخالفا للحديث

"لا تبع ما ليس عندك "

رواه أصحاب السنن.

لكن ورد فيما يثبته

" من أسلم فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم "

فلا يقاس عليه غيره في بيع المعدوم.

(الدعاس ص ٥٧) .

٤ - الإجارة: وهي بيع المنافع، وهي معدومة عند العقد، وبيع المعدوم باطل، فهي **على خلاف القياس**، وجوزت للضرورة، وهي الحاجة إليها، فلا يقاس عليها.

فإن المعتمد في المذهب أن القياس يترك فيما فيه ضرورة، ولكن يقتصر فيها على موضع الحاجة، ولا يقاس عليها ما لا حاجة فيه، فلا يجوز إيجار متحدي المنفعة مقايضة، كسكنى دار أو حانوت بسكنى نظيره، لعدم الحاجة إليها.

(الزرقا ص ١٥٢، الدعاس ص ٥٧) .

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٥٠٣/١

٥ - الوصية: فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهي حالة تنقطع فيها حقوق الإنسان في أمواله، وتتعلق حقوق الورثة، وقد شرعت ليتدارك الإنسان ما فاته من أعمال البر في حياته، فلا يجوز أن يقاس عليها تجويز إضافة غيرها من التصرفات إلى ما بعد الموت، كالبيع والإجارة والإعارة بأن يعقدها الشخص في حال حياته مضافة

لما بعد الموت.

(الدعاس ص ٥٧، الزرقا ص ١٥٢) .

٦ - المزارعة والمساقاة: فإن القيالس عدم جوازهما، لأنهما استئجار للمزارع والمساقي ببعض الخارج من عملهما، وهو منهي عنه، ولكنهما جوزتا لورود الأثر." (١)

"فيهما، فلا يقاس عليهما غيرهما مما فيه استئجار ببعض الخارج من العمل، كعصر الزيتون والسمسم وغزل القطن بجزء من زيته، أو شيرجه، أو غزله مثلا.

(الزرقا ص ١٥٢) .

٧ - التحالف: وهو اليمين من المدعي والمدعى عليه، فإنه ثبت على خلاف

القياس إذا كان المبيع مقبوضا، فلا يقاس عليه النكاح مثلا، أما قبل قبض المبيع فهو على القياس، لأن كلا من البائع والمشتري مدع ومدعى عليه.

(الزرقا ص ١٥٢) .

٨ - السلم والاستصناع، فهما على خلاف القياس في بيع المعدوم عند العقد، فلا يقاس عليهما.

(الزرقا ص ١٥٢) .." (٢)

"وكذا التمليكات، كالهبة.

فالمعلق بالشرط من الأمور السابقة التي يصح تعليقها بالشرط يجب ثبوته ووجود المعلق عند ثبوت الشرط ووجوده، لقوله - صلى الله عليه وسلم -: "المسلمون عند شروطهم " أو "على شروطهم "

وفي رواية "المؤمنون عند شروطهم ".

التطبيقات

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/٥٠٤

(٢) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ١/٥٠٥

١ – لو قال شخص لشخص دائن: إن سافر مدينك اليوم، أو إن لم يعد من سفره اليوم، فأنا كفيل بدينك الذي لك عليه، فإن سفر المدين، أو عدم عودته من سفره.

يصبح شرطا لثبوت الكفالة على القائل، فلا يعتبر كفيلا ملتزما بأداء الدين ما لم يتحقق ذلك الشرط الذي شرطه للكفالة.

(الدعاس ص ٧٠) .

٢ – لو قال شخص: إن استحق المبيع فأنا كفيل بالثمن، أو قال: إن غاب المدين أو مات، ولم يدع شيئا فأنا كفيله، أو قال: إن قدم فأنا كفيله، أو قال: إن وفيت به كدا فأنت بريء، فإذا تحقق الشرط يثبت المشروط.

(الزرقا ص ٤١٧) .

المستثنى

الوصية إذا علقت بالموت فإنها تصح، **على خلاف القياس** في عدم صحة تعليق المعاوضات المالية بالشرط مطلقا.

(الزرقا ص ٤١٧) .." (١)

"القاعدة: [٩٩]

الأجر والضمان لا يجتمعان (م/٨٦)

التوضيح

الأجر: هو بدل المنفعة عن مدة ما، والضمان: هو الغرامة لقيمة العين المنتفع بها أو نقصانها، ولا يجتمع الأجر والضمان في محل واحد من أجل سبب واحد في اتحاد الجهة، لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدم التملك، وبينهما منافاة.

والأصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامنا فالأجر واجب، وفي كل موضع يصير ضامنا، فلا أجر عليه.

وهذه القاعدة تشهد لمذهب الحنفية فقط، وعند غيرهم من الأئمة لا اعتبار لهذه القاعدة، ويجتمع الأجر والضمان، كالغاصب الذي انتفع بالمغصوب وهلك، فإنه يضمنه وعليه الأجرة.

أما عند الحنفية فالضمان يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له، أو كالغصب، ومنافع

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٥٣٢/١

المغصوب عندهم غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد الإجارة **على خلاف القياس** لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا، وغاصبا ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين.." (١)

"القاعدة الرابعة: يصح القياس على ما ثبت خلافا للأصل

قال السمعاني في قواطع الأدلة "١١٩/١": يجوز القياس على أصل مخالف في نفسه الأصول بعد أن يكون ذلك الأصل ورد به الشرع ودل عليه الدليل.. ثم قال "ص ١٢١": والمعتمد أن ما ورد به الخبر صار أصلا بنفسه فالقياس عليه يكون كالقياس على سائر الأصول.

وقال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى "٥٥٥/٢٠": فذهب طائفة من الفقهاء إلى أن ما ثبت **على خلاف القياس** لا يقاس عليه، ويحكى هذا عن أصحاب أبي حنيفة، والجمهور أنه يقاس عليه، وهذا هو الذي ذكره أصحاب الشافعي وأحمد وغيرهما، وقالوا: إنما ينظر إلى شروط القياس فما علمت علته ألحقنا به ما شاركه في العلة، سواء قيل: إنه **على خلاف القياس** أو لم يقل، وكذلك ما علم انتفاء الفارق فيه بين الأصل والفرع، والجمع بدليل العلة كالجمع بالعلة، وأما إذا لم يقم دليل على أنه كالأصل فهذا لا يجوز فيه القياس، سواء قيل إنه على وفق القياس أو خلافه، ولهذا كان الصحيح أن العرايا يلحق بها ما كان في معانيها، وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء **على خلاف القياس** الصحيح، بل ما قيل: إنه **على خلاف القياس**: فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها واقتضى مفارقته لها في الحكم، وإذا كان كذلك فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه كحكمه، وإلا كان من الأمور المفارقة له. انتهى.." (٢)

"ثم أضاف إلى ذلك قائلا: (وللكفر أحكام كفراق الزوجة وأن يقتل الكافر ويغنم ماله، فلما وضع الله عنه، سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه وما يكون حكمه بثبوته عليه) .

٢. (الرخص لا يتعدى بها مواضعها) : نص على هذه القاعدة عند بيان مسائل تتصل بصلاة العذر، إذ يقول معللا لبعض الأحكام: (إن الفرض استقبال القبلة والصلاة قائما، فلا يجوز غير هذا إلا في المواضع

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة محمد مصطفى الزحيلي ٥٤٧/١

(٢) من أصول الفقه على منهج أهل الحديث زكريا بن غلام قادر الباكستاني ص/٦٣

التي دل رسول الله صلى الله عليه وسلم، عليها، ولا يكون شيء قياسا عليه، وتكون الأشياء كلها مردودة إلى أصولها، والرخص لا يتعدى بها مواضعها) .

ونجده يوحي إلى معنى هذه القاعدة في موضع آخر من ضرب المثال لها فيقول: (ولم نعد بالرخصة موضعه كما لم نعد بالرخصة المسح على الخفين، ولم نجعل عمامة ولا قفازين قياسا على الخفين) .

ويبدو عند التأمل أن هذه القاعدة قريبة مما تقرره القاعدة المشهورة: (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) .

٣. (ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله) .." [١]

"-- القاعدة الكلية الفرعية السادسة:

قاعدة: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة) :

المراد بالحاجة هنا ما كان دون الضرورة، لأن مراتب ما يحرص الشرع على توفيره للإنسان ثلاث:

الأولى: الضرورة: وهي بلوغ الإنسان حدا إذا لم يتناول الممنوع عنه هلك أو قارب، وهذا يبيح تناول الحرام، كما فصل في قاعدة سابقة.

الثانية: الحاجة: وهي بلوغ الإنسان حدا لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أه يكون في جهد ومشقة، فهذا لا يبيح الحرام، ولكنه يسوغ الخروج على بعض القواعد العامة ويبيح الفطر في الصوم.

الثالثة: الكمالية أو التحسينية: وهي ما يقصد من فعله نوع من الترفه وزيادة في لين العيش.

وما عدا ذلك فهو زينة وفضول دون الخروج عن الحد المشروع.

فإذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع من الناس أو خاصة بشخص ما نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها، لكن الحاجة مبنية على التوسع والتسهيل فيما يسع العبد تركه بخلاف الضرورة لأن مبنى الضرورة على لزوم فعل ما لا بد منه للتخلص من عهدة تلزم العبد ولا يسعه الترك.

من فروع هذه القاعدة وأمثلتها:

مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة والسلم جوزت على خلاف القياس لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة؛ لأن الإجارة والسلم بيع." [٢]

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٥٣

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٢٤٢

"معدوم وبيع المعدوم باطل، ولكنه جوز هنا لحاجة الناس، والجعالة فيها جهالة.

وفي الحالة بيع دين بدين وهو ممنوع، ولكنه جوز هنا لعموم الحاجة.

ومنها جواز الاستصناع وهو عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئا مثل أن يقول لصانع، كخياط مثلا، اصنع لي ثوبا، أو خط لي ثوبا من هذا القماش بهذه الصفة وبهذا الثمن، فيصح، أو يقول لمقاول ابن لي بيتا على هذا المخطط.

ومنها ضمان الدرك وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، جوز **على خلاف القياس** للجهالة من المكفول به للحاجة إليه.." (١)

"ومن المعلوم أن الحاجة العامة في حق عامة الناس تتنزل منزلة الضرورة في حق الفرد لما تقدم عن السرخسي في قوله في الاستحسان: "إنه ترك العسر لليسر" ثم يقول: أنه أصل قطعي في الدين الخ.

ويدل له أيضا ما قاله ابن نجيم١ ونصه: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، ولهذا جوزت الإجارة **على خلاف القياس** للحاجة.

ولذا قلنا: لا يجوز إجارة بيت بمنافع بيت لاتخاذ جنس المنفعة فلا حاجة، بخلاف ما إذا اختلف، ومنها ضمان الدرك٢ جوز **على خلاف القياس**.

ومن ذلك جواز السلم٣ **على خلاف القياس**، لكونه بيع المعدوم دفعا لحاجة المفاليس٤ ومنها جواز الاستصناع للحاجة، ودخول الحمام مع جهالة مكثه فيها، وما يستعمله من مائها وشربة السقاء، ومنها الإفتاء بصحة بيع الوفاء حين كثر الدين على أهل بخارى وهكذا بمصر، وقد سموه بيع الأمانة والشافعية يسمونه الرهن المعاده، فكلام ابن نجيم هنا ظاهر في أنه أطلق تنزيل الحاجة منزلة الضرورة سواء كانت عامة أو خاصة، والمعروف هو أنه إنما تنزل الحاجة منزلة

---

١ هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم، العالم الفقيه المصري، الحنفي، الأصولي، له مؤلفات تدل على عزارة علمه وتدقيقه، منها: الأشباه والنظائر في قواعد الفقه، ومنها في الأصول: شرح المنار، ولب الأصول، توفي سنة ٩٧٠هـ.

انظر: الفتح المبين في طبقات الأصوليين ٧٨/٣، الأعلام للزركلي ١٠٤/٣.

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية محمد صدقي آل بورنو ص/٢٤٣

٢ الدرك التبعة، وضمان الدرك هو أن يقول كفيل لمن يريد شراء سلعة أنا ضامن لك ثمن المبيع إن استحقه أحد، مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله.

ووجه مخالفته للقياس هو أنه ضمان بالمجهول.

انظر: فتح القدير شرح الهداية ١٨١/٧، والعناية بأسفله ١٨٢/٧.

٣ السلم بفتحتين السلف، وزنا ومعنى، والسلف لغة أهل العراق، والسلم لغة أهل الحجاز، وهو في اصطلاح الشرع بيع موصوف في الذمة إلى أجل معين بثمن معجل، وهو نوع من البيع، يعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع وينعقد بما ينعقد به.

انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري ٤٢٨/٤، المغني لابن قدامة ٢٤٦/٤.

٤ جمع مفلس، وهو من لا فلوس له، لانتقاله من حال اليسر إلى حال العسر.

انظر: المصباح المنير ١٣٧/٢.

٥ انظر: الأشباه والنظائر ص ٩١ - ٩٢.." [1]

"وإن اطلعوا عليه وأجمعوا على خلافه:. دل على أن هذا النص مرجوح، وما استندوا إليه في إجماعهم راجح، فيكون - بذلك - الناسخ للنص هو النص الذي استندوا إليه، فثبت: أن ذلك من باب نسخ النص بالنص، لا من باب نسخ النص بالإجماع.

وأما الثاني - وهو كون المنسوخ بالإجماع إجماعا آخر - فهو باطل؛ لأن الإجماع لا ينعقد على خلاف إجماع آخر - كما سبق ذكره -.

وأما الثالث - وهو كون المنسوخ بالإجماع قياسا - فهو باطل - أيضا - لأن من شرط حجية القياس والعمل به: عدم مخالفته للإجماع، فإذا انعقد الإجماع **على خلاف القياس**: زال القياس لزوال شرطه، وزوال المشروط لزوال الشرط لا يسمى نسخا.

الدليل الثاني: أن الإجماع إنما يكون حجة بعد عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم -،

(١) الوصف المناسب لشرع الحكم أحمد بن عبد الوهاب الشنقيطي ص/٣٢٦

والنسخ إنما يكون في زمن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –،
وعلى هذا يستحيل اجتماعهما.
المذهب الثاني: أن الإجماع يكون ناسخ@.
ذهب إلى ذلك بعض المعتزلة، وعيسى بن أبان من الحنفية.
أدلة هذا المذهب:
الدليل الأول: أن سهم المؤلفة قلوبهم من الزكاة قد سقط بإجماع
الصحابة، فهذا يدل على أن الإجماع يكون ناسخا.
جوابه:
يجاب عنه بأن سقوط سهم المؤلفة قلوبهم ليس من باب النسخ،
بل هو من باب انتهاء الحكم لانتهاء علته المقررة، وهي: تحبيب." (١)
"* مسائل في الطلاق والإيمان.
* فتاوى النبي – صلى الله عليه وسلم – في العقيدة وفي الأبواب الفقهية.
* أمثلة على الحيل المباحة والباطلة.
* أمثلة على رد المحكم بالمتشابه.
* أمثلة على رد السنن بظاهر القرآن.

وقد امتاز هذا الكتاب بكثرة الأمثلة الفقهية على عدد من المسائل الأصولية (١) ، وامتاز أيضا ببيان حكمة التشريع ومقاصد الشريعة (٢) ، إضافة إلى حسن البيان وجمال الأسلوب، كما أن الكتاب جامع لكثير من الأحاديث النبوية والآثار المروية عن الصحابة والتابعين (٣) ، وفيه نقول مطولة مهمة عن بعض الأئمة (٤) .

فهو بذلك غاية في منهج أهل السنة والجماعة وعمدة في بيان طريقة السلف، والكتاب يحتاج إلى تخريج آثاره وفهرسة مباحثه ومطالبه، وحقيق بدراسة تبرز محاسنه وتفصح عن منهج مؤلفه ومصادره فيه ومقاصده منه (٥) .

وفي هذه المرحلة أيضا ظهرت لبعض علماء أهل السنة مؤلفات أصولية إلا أنها على وجه العموم تأثرت

---

(١) المهذب في علم أصول الفقه المقارن عبد الكريم النملة ٦١٣/٢

بمنهج المتكلمين جملة.

وهذا التأثر يختلف من كتاب إلى آخر.

وفي المقابل فقد حافظت هذه المؤلفات في الجملة على منهج السلف، وهذه المحافظة أيضا تختلف من كتاب إلى آخر.

---

(١) انظر على سبيل المثال: "الأمثلة على رد السنن بظاهر القرآن" (٣٢١/٢ - ٣٢٩) ، و"الأمثلة على رد المحكم بالمتشابه" (٣٣٠/٢، ٤٢٥) .

(٢) مثال ذلك ما ذكره فيما يتعلق بما قيل فيه: إن الشارع جمع بين المختلفين أو فرق بين المتماثلين في الحكم، وفيما يتعلق بما قيل فيه من الأحكام: إنه يجري **على خلاف القياس**. انظر (٧١/٢، ١٧٥، ٣/٢، ٧٠)

(٣) انظر مثلا الأدلة التي أوردها من فعل الصحابة وغيرهم على حجية القياس (٢٠٢/١- ٢١٧) .

(٤) وذلك كرسالة الإمام الليث إلى الإمام مالك (٨٣/٣ - ٨٨) ، ورسالة الإمام أحمد في طاعة الرسول - صلى الله عليه وسلم - (٢٩٠/٢ - ٢٩٣) .

(٥) صدرت مؤخرا طبعة بتحقيق الشيخ مشهور آل سلمان في سبعة مجلدات.." [(١)]

"(الأصل الثالث: موافقة القياس الصحيح لنصوص الشريعة؛ إذ ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس**. ومما يدل على ذلك:

١- أن القياس الصحيح من العدل، والنص الشرعي من العدل، فكلاهما عدل.

قال ابن تيمية: "وهو [أي القياس الصحيح] من العدل الذي بعث الله به رسوله" (١) .

٢- أن الشريعة لا تناقض فيها ولا تعارض بين شيء من أحكامها، والقياس الصحيح مما جاءت به الشريعة (٢) .

٣- أن الشريعة جاءت بالجمع بين المتماثلات والتفريق بين المختلفات، والقياس من قبيل الجمع بين المتماثلين فيكون موافقا للشريعة (٣) .

ولابن تيمية رسالة نفيسة في بيان أنه ليس في الشريعة ما يخالف قياسا صحيحا (٤) ، كما عقد ابن القيم

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/٤١

في ذلك فصلا في كتابه القيم "إعلام الموقعين"، فقال: "فصل في بيان أنه ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس**......" (٥) .

وبذلك يتضح:

* خطأ من عنون لتلك المسألة بقوله: "ما حكم العمل بخبر الواحد إذا خالف القياس؟ ".

لأن هذا العنوان مبني على تصور وقوع الاختلاف بين الخبر والقياس، وهذا غير صحيح.

* وأن من ادعى وقوع اختلاف بين الخبر والقياس فالجواب عليه أن يقال: لا يخلو الحال من أمرين:

الأمر الأول: عدم ثبوت هذا الخبر المخالف للقياس.

---

(١) "مجموع الفتاوى" (٢٠/٥٠٥) ، وانظر (١٩/١٧٦، ٢٨٨) .

(٢) انظر: "مجموع الفتاوى" (٢٠/٥٢٦) ، و"إعلام الموقعين" (١/٣٣، ٤/٣٧٣) .

(٣) انظر: "مجموع الفتاوى" (٢٠/٥٠٤، ٥٠٥، ١٩/١٧٦) .

(٤) انظر: "مجموع الفتاوى" (٢٠/٥٠٤ – ٥٨٣) .

(٥) "إعلام الموقعين" (٢/٣ – ٧٠) .." [1]

"– وقد تكون حكما شرعيا، كأن يقال: يحرم بيع الخمر فلا يصح بيعه كالميتة.

– وقد تكون فعلا من أفعال المكلفين كالقتل والسرقة.

– وقد تكون وصفا مجردا كالكيل عند من يعلل به تحريم الربا، وقد تكون أوصافا مركبة كالقتل العمد العدوان.

– وقد تكون إثباتا، وقد تكون نفيا، نحو: لم ينفذ تصرفه لعدم رشده.

– وقد تكون العلة قاصرة كالثمنية في الذهب والفضة، وقد تكون متعدية كالطعم في البر.

– وقد تكون العلة وصفا مناسبا، وقد تكون وصفا غير مناسب، وقد تكون وصفا مترددا بين المناسبة وعدمها. وقد تقدم قريبا التمثيل لهذه الأقسام الثلاثة.

– وقد تكون العلة مطردة بمعنى أن يوجد الحكم كلما وجدت العلة، وقد تكون غير مطردة فتوجد العلة ويتخلف عنها الحكم (١) .

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/١٨٩

(البحث الثاني: مذهب أهل السنة في التعليل:

يمكن بيان مذهب أهل السنة في الأسباب والحكمة والتعليل في القواعد الآتية:

---

(١) تخلف الحكم مع وجود العلة إن كان بسبب معارضتها بعلة أخرى أو بسبب فوات شروطها يقدح في صحة العلة، بل إن العلة والحالة كذلك لا تعتبر موجودة، فلم يوجد الحكم لعدم وجود علته. أما إن كان تخلف الحكم عن علته بسبب نص شرعي كإيجاب الدية على العاقلة، فإنه من المعلوم أن جناية الشخص علة لوجوب الضمان عليه، فهذا ما يسمى بالمستثنى من قاعدة القياس، أو المعدول به عن سنن القياس، والصحيح أنه لا يوجد حكم **على خلاف القياس**. قال ابن تيمية: "وحقيقة الأمر أنه لم يشرع شيء **على خلاف القياس** الصحيح، بل ما قيل: إنه **على خلاف القياس** فلا بد من اتصافه بوصف امتاز به عن الأمور التي خالفها واقتضى مفارقته لها في الحكم. وإذا كان كذلك فذلك الوصف إن شاركه غيره فيه فحكمه حكمه، وإلا كان من الأمور المفارقة له". "مجموع الفتاوى" (٥٥٦/٢٠) ، والمقصود أن ينظر في العلة فما شاركها ألحق بها في الحكم سواء كان ذلك في العلة العامة التي قيل: إنها تجري على سنن القياس، أو في العلة الخاصة التي قيل: إنها **على خلاف القياس**.." [١]

"٢٣- الزيادة على النص:

(المسودة (٢٠٨ – ٢١٢) .

٢٤- عصمة الأنبياء:

(مجموع الفتاوى (٢٨٩/١٠ – ٢٩٩) .

٢٥- أنواع الخبر: ما يعلم صدقه، ما يعلم كذبه، ما لا يعلم صدقه ولا كذبه:

(الجواب الصحيح (٢٨٧/٤ – ٣٠٩) .

٢٦- أقسام الحديث الصحيح:

(مجموع الفتاوى (١٦/١٨ – ٢٣) .

٢٧- أفعال النبي – صلى الله عليه وسلم –:

(مجموع الفتاوى (٣٢٠/٢٢ – ٣٣١) .

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/١٩٦

(المسودة (١٩١ – ١٩٢) .

(اقتضاء الصراط المستقيم (٢/٧٩٤ – ٨٠٨) .

٢٨- تركه - صلى الله عليه وسلم -:

(اقتضاء الصراط المستقيم (٢/٥٩١ – ٥٩٧) .

٢٩- ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس:**

(مجموع الفتاوى (٢٠/٥٠٤ – ٥٨٣) [تكرر في مجموعة الرسائل الكبرى (٢/٢٣٥ – ٢٩١)] .

٣٠- الرد على من قال: إن أبا هريرة - رضي الله عنه - لم يكن فقيها:

(مجموع الفتاوى (٤/٥٣٢ – ٥٣٩) .

٣١- أنواع الإجماع، وحكم مخالفه، وهل هو قطعي أو ظني؟ ومسائل أخرى متعلقة بالإجماع:

(مجموع الفتاوى (١٩/١٩٢ – ٢٠٢، ٢٦٧ – ٢٧٢) .

٣٢ – رسالة صحة مذهب أهل المدينة:

(مجموع الفتاوى (٢٠/٢٩٤ – ٣٩٦) .

٣٣-كتاب نقد مراتب الإجماع لابن حزم، (طبع مستقلا) .." [١]

"١٢- الزيادة على النص، أو رد السنن بظاهر القرآن، والجواب عمن فعل ذلك من (٥٢ وجها) :

(إعلام الموقعين (٢/٣٠٦ – ٣٢٩) .

١٣- الأصول التي بنيت عليها فتاوى الإمام أحمد:

(إعلام الموقعين (١/٢٩ – ٣٣) .

١٤- وجوب العمل بالنصوص، وبيان أنه لا تجوز مخالفتها:

(إعلام الموقعين (٢/٢٩٧ – ٢٩٤) .

(زاد المهاجر إلى ربه (٢٥ – ٣٠) .

١٥-كتاب طاعة الرسول - صلى الله عليه وسلم - (للإمام أحمد) :

(إعلام الموقعين (٢/٢٩٠ – ٢٩٣) .

١٦- منزلة السنة من الكتاب:

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/٥٣٤

(إعلام الموقعين (٢/٣٠٧ – ٣١٠) .

١٧- حجية السنة المستقلة: الأدلة والأمثلة على ذلك:

(إعلام الموقعين (٢/٣٠٦ – ٣٠٩) .

١٨- تركه – صلى الله عليه وسلم –:

(إعلام الموقعين (٢/٣٨٩ – ٣٩١) .

١٩- حصول العلم بخبر الواحد:

(مختصر الصواعق (٤٥٥ – ٤٨٤) .

٢٠- الأدلة على حصول العلم بخبر الواحد (٢١ دليلا) :

(مختصر الصواعق (٤٧٧ – ٤٨٤) .

٢١-الاحتجاج بالأحاديث النبوية على الصفات ذكر فيه عشرة مقامات:

(مختصر الصواعق (٤٣٨ – ٥١٠) .

٢٢- ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس:**

(إعلام الموقعين (٢/٣ – ٧٠) .

٢٣ – بيان خطأ من ترك السنة زاعما أنها خلاف الأصول:

(إعلام الموقعين (٢/٣٣٥ – ٣٤١) .." [١]

"٤٥- تركه – صلى الله عليه وسلم –:

(اقتضاء الصراط المستقيم (٢/٥٩١ – ٥٩٧) .

(إعلام الموقعين (٢/٣٨٩ – ٣٩١) .

٤٦- خبر الواحد والأدلة على حجيته وكونه مفيدا للعلم:

(صحيح البخاري "كتاب أخبار الآحاد" (١٣/٢٣١ – ٢٤٤) .

(الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي (٤٢ – ٤٨) .

(الحجة في بيان المحجة (١/٣٤٥ – ٣٤٩) .

(مختصر الصواعق (٤٥٥ – ٤٨٤) .

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/٥٤١

٤٧- وجوب العلم بخبر الواحد في أصول الدين:

(مختصر الصواعق (٤٣٨ – ٥١٠) .

(لوامع الأنوار (١٧/١ – ٢٠) .

٤٨- بيان خطأ من رد السنة المحكمة الصحيحة بكونها خلاف الأصول وبالمتشابه، والأمثلة على ذلك:

(إعلام الموقعين (٣٣٥/٢ – ٤٢٥) .

٤٩- ليس في الشريعة شيء **على خلاف القياس:**

(مجموع الفتاوى (٥٠٤/٢٠ – ٥٨٣) .

(إعلام الموقعين (٣/٢ – ٧٠) .

٥٠ الرد على من قال: إن أبا هريرة – رضي الله عنه – لم يكن فقيها:

(مجموع الفتاوى (٥٣٢/٤ – ٥٣٩) .

٥١- الإجماع: حجيته وإمكان وقوعه:

(جماع العلم (٥١ – ٥٧) .

٥٢- أنواع الإجماع، وحكم مخالفه، وهل هو قطعي أو ظني؟ ومسائل أخرى متعلقة بالإجماع:

(مجموع الفتاوى (٢٦٧/١٩ – ٢٧٢) .

٥٣- نقد كتاب ابن حزم (مراتب الإجماع) :

(كتاب نقد مراتب الإجماع لابن تيمية.." (١)

---

(١) معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة محمد حسين الجيزاني ص/٥٥٨